

법학박사 학위논문

오토 마이어의

행정법학 방법론에 관한 연구

— 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법론과의  
비교를 중심으로 —

2018년 2월

서울대학교 대학원

법학과 행정법 전공

이 진 수



오토 마이어의  
행정법학 방법론에 관한 연구

— 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법론과의  
비교를 중심으로 —

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2017년 10월

서울대학교 대학원  
법학과 행정법 전공  
이 진 수

이진수의 박사 학위논문을 인준함

2017년 12월

委員長 \_\_\_\_\_

副委員長 \_\_\_\_\_

委員長 \_\_\_\_\_

委員長 \_\_\_\_\_

委員長 \_\_\_\_\_



## 국문초록

학문의 정체성은 연구대상과 연구방법의 독자성에 달려있다. 본 연구는 ‘법학’으로서의 행정법학의 ‘독자성’과 ‘정체성’이라는 기준을 가지고, 행정법학의 ‘방법론’의 문제를 살펴보고자 한다. 본 연구는 앞으로 독자적 학문으로서 우리 행정법학이 나아가야 할 방법론적 방향을 모색하기 위한 시작으로, 먼저 우리 행정법학에 큰 영향을 미친 독일 행정법학의 창시자로 평가받는 오토 마이어의 행정법학 방법론을 살펴보려 한다. 우리의 행정법학은 19세기 독일에서 형성된 그것을 기반으로 하고 있다. 그래서 독일의 행정법학과 그 시작점이라고 할 수 있는 오토 마이어의 법학적 방법을 연구하는 것은 우리의 행정법학의 근원을 연구하는 것을 의미한다고 할 수 있다.

오토 마이어 당시 독자적 학문으로서의 행정법학을 성립하도록 한 그의 행정법학의 방법론적 특징을 당시의 주류적 방법론이라고 할 수 있는 로렌츠 폰 슈타인의 방법론과 비교하여 살펴보고, 오늘날의 ‘행정법학의 위기’라 불리는 상황에서 오토 마이어의 방법론이 갖는 의미를 찾아보고자 하는 것에 본 연구의 목적을 두고 있다. 오토 마이어의 행정법학 방법론이 오늘날 우리 행정법에서 갖는 의의와 시사점을 토대로, 행정법학과 다른 학문들과의 연계와 협력을 통한 우리 행정법학의 확장 가능성을 살펴보고, 그 구체적인 방법론을 모색해 보는 것에 본 연구의 목적이 있다.

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 특유한 ‘법학적 기본이념’이 지배하는 국법학의 영향을 받았는데, 특히 ‘개념’, ‘법제도’, ‘법체계’를 통한 법적 구성의 방법론이 대표적인 예이다. 당시 민사법학의 ‘법학적 방법’은 개념을 중시하는 구성주의적인 것이었고, 오토 마이어는 행정법학에서 개념과 법제도의 형성을 통하여 행정법학의 체계를 구축하려 하였다. 그런데 오토 마이어의 방법론은 여기에 그치지 아니하고, 법이념인 법치국가사상이 지도 원리의 역할을 한다는 특징이 있다. 법치국가 사상의 역할은 특히 경찰법제도와 재정법제도에 대한 설명에서 두드러지게 나타난다. 한편, 오토 마이어는 독일 행정법학의 민사법학 및 프랑스 행정법에 대한 독자성을 강조하였다.

행정법에 대한 방법론에 있어, 로렌츠 폰 슈타인은 그 자신이 법학자였지만 그의 방법론은 법학적인 것은 아니었고, ‘국가학적 방법’을 따랐다. 로렌츠 폰 슈타인의 방법론은 행정법적 기초를 가지는 포괄적인 종합과학적 접근방법 또는 행정현상에 대한 종합과학으로서의 행정과학적 접근방법 등의 성격을 갖는다. 특히 그의 연구는 관방학적 체계를 따랐지만, 연구방법은 사회과학적이었다는 점에 특징이 있다. 그의 연구는 정치학, 경제학 등 다양한 사회과학적 기반을 가지고 있다. 특히 그는 “통계학은 국가생활에 대한 올바른 이해를 위한 방법”이라고 하여 기존의 연구와는 다른 사회과학적 방법에 따른 연구를 강조하였다. 그는 행정법이 “행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초인 행정학원리의 지도를 받아야 한다.”고 주장한다. 그는 행정현상에 대한 ‘법학적 방법’에 따른 연구를 반대한 것은 아니었고 그의 연구는 상당부분 행정법적 기초를 가지고 있지만, “순수한 법학적 방법만으로는 행정을 특히 사회와의 관계에서 과학적으로 이해하기에 충분하지 않다.”고 하고, 행정 현상의 이해에 있어서는 여러 학문 분야에 걸친 포괄적이고 종합적인 연구가 필요하므로 순수한 ‘법학적 방법’으로는 충분하지 못하다고 보았다. 무엇보다도 로렌츠 폰 슈타인은 행정법에 대한 학문을 독자적인 학문으로 인정하지 않고 ‘행정학에 연동된 것’에 불과한 것으로 이해하였다.

오토 마이어는 자신의 방법론을 스스로 ‘법학적’인 방법이라고 인식하였다. 그는 자신의 체계를 ‘법학적인 것’으로 인식한 반면, 국가학적 행정학의 체계는 법학적인 것이 아니라고 평가하였다. 또한 오토 마이어는 엄격한 체계를 요구하는 것을 독일 법학의 고유한 성격으로 설명하고, 행정법학의 임무를 여러 란트의 법으로 흩어져 있는 개별 행정법의 법제도들의 체계를 설명하는 것이라고 하여, ‘체계’를 중시하는 사비니 이래의 ‘법학적 방법’의 전통을 계승하고 있다. 오토 마이어는 ‘법학적 방법’을 통하여 일반개념, 전체적인 관점, 그리고 전체적인 구조를 만들어 내었고, 그 결과로 행정법학 분야에서 ‘법학적 방법’이 19세기말 경 전성기를 누리고 있었던 ‘국가학적 방법’을 대체하는 방법론으로 자리 잡게 된 것으로 평가받고 있다.

행정법학은 ‘국가’와 국가의 ‘행정’을 대상으로 하는 학문이므로, 국가와

행정이 마주치는 시대적 상황이 변화하게 되면 그에 따른 학문의 방법도 변화하게 될 것이고, 국가와 행정, 그리고 국민과의 관계에서 국가와 행정의 임무와 역할이 시대에 따라 변화함에 따라 그에 부합하는 방법론도 끊임없이 변화되고 연구되어야 할 것이다.

**주요어 :** 오토 마이어, 로렌츠 폰 슈타인, 법학적 방법, 법학방법론, 국가학적 방법, 행정법학

**학 번 :** 2012-30355





# 목 차

## 국문초록

연구의 목적과 범위 .....	1
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 범위와 방법 .....	7
I. 연구의 범위 .....	7
II. 연구의 방법 .....	11
제3절 용어의 정의 .....	12
제1장 예비적 고찰 .....	14
제1절 독일 행정법학의 성립 .....	14
I. 권위주의적 절대국가 시대 .....	14
1. 근세 사법국가 시대 .....	14
2. 경찰국가 시대 .....	16
II. 법치국가 시대 .....	17
1. 시대적 특징 .....	17
2. 학문적 경향 .....	18
제2절 법학적 방법 .....	21
I. 법학적 방법의 초기 형성 .....	21
1. 사비니: 역사법학과 도그마틱 .....	21
2. 푸흐타: 개념법학 .....	24
II. 민사법학의 방법론으로 ‘법학적 방법’의 성립 .....	25
1. 게르버 .....	25
2. 예링 .....	26
III. ‘법학적 방법’의 공법에의 도입 .....	27

1. 게르버: 민사법학의 ‘법학적 방법’을 공법에 적용 .....	27
2. ‘법학적 방법’의 국법학·행정법학에의 도입 .....	33
제3절 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 생애와 사상적 기초 .....	38
I. 로렌츠 폰 슈타인의 생애(1815-1890) .....	39
II. 오토 마이어의 생애 (1846-1924) .....	42
III. 공통의 사상적 기초: 헤겔의 국가사상 .....	44
1. 헤겔의 ‘시민사회’ .....	45
2. 헤겔의 ‘국가’ .....	46
3. 국가에서의 ‘행정’ .....	47
IV. 검토 .....	49
제2장 국가와 행정 .....	51
제1절 로렌츠 폰 슈타인의 국가와 행정 .....	51
I. 로렌츠 폰 슈타인의 ‘국가’ .....	51
II. 로렌츠 폰 슈타인의 ‘행정’ .....	52
1. 행정의 의의 .....	52
2. 행정의 기능 .....	55
3. 내무행정 .....	56
제2절 오토 마이어의 국가 .....	60
I. 국가에 대한 이해 .....	60
1. ‘공동체’로서의 국가 .....	60
2. ‘영조물’로서의 국가 .....	61
II. 헌법국가 .....	63
1. 행정법의 전제조건 .....	63
2. 권력분립 .....	64
3. 법률의 지배 .....	68
제3절 오토 마이어의 행정 .....	70
I. 행정 개념의 전제인 사법과 입법 .....	71

1. 의의 .....	71
2. 국가작용으로부터 사법(司法)의 분리 .....	71
3. 국가작용으로부터 입법(立法)의 분리 .....	72
II. 행정 개념의 소극적 정의 .....	73
1. 입법과 사법 개념의 확장을 통한 행정의 개념정의 .....	73
2. 행정 개념에 대한 새로운 역사적 추가물: 법치국가의 요청 ..	74
제4절 비교 및 평가 .....	75
I. 국가 .....	75
II. 행정 .....	76
제3장 행정법과 행정법학 .....	78
제1절 로렌츠 폰 슈타인의 행정법과 행정법학 .....	78
I. 행정법 .....	78
1. 로렌츠 폰 슈타인의 공법체계 .....	78
2. 내무행정법 .....	78
3. 내무행정법의 영역 .....	79
II. 행정법학 .....	82
1. 법에 대한 인식: 인격과 생활 .....	82
2. ‘법’에 대한 학문: 법기술과 법학 .....	83
3. 행정법의 학문 .....	83
제2절 오토 마이어의 행정법 .....	84
I. 행정법의 개념 .....	85
II. 행정법의 성격: 공법성 .....	85
III. 행정법의 체계 .....	86
1. 개요 .....	86
2. 행정법 총론 .....	87
3. 행정법 각론 .....	88
IV. 행정법의 법원 .....	89

1. 법률 .....	89
2. 명령 .....	90
3. 자치규정과 관습법 .....	91
제3절 오토 마이어의 행정법학 .....	91
I. 국법학으로부터의 독립 .....	91
II. 국가학과의 관계 .....	92
1. 행정법학의 국가학에의 의존 .....	92
2. 국가학적 방법의 특징 .....	93
3. 행정학과의 연결의 문제점 .....	93
III. 민사법학과의 관계 .....	94
1. 행정법학의 독자성 인식 .....	94
2. 민사법제도와와의 차이점 강조 .....	95
제4절 비교 및 평가 .....	97
I. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 특징 .....	97
II. 오토 마이어의 비판 .....	99
III. 검토 .....	100
제4장 국가학적 방법과 법학적 방법 .....	101
제1절 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법 .....	101
I. 개요 .....	101
II. 방법론적 특징 .....	102
1. 종합과학적 성격 .....	103
2. 행정학 원리의 강조 .....	103
3. ‘법학적 방법’의 한계 인식 .....	104
4. 미래지향적 관점 .....	105
5. 지도이념: 자유주의 .....	106
제2절 오토 마이어의 법학적 방법 .....	106
I. 행정법 총론의 완성 .....	106

1. 행정법 총론의 필요성 .....	107
2. 오토 마이어에 의한 행정법 총론의 완성 .....	108
3. 행정법 총론의 의미 .....	110
II. 법학적 방법 .....	110
1. 게르버-라반트의 국법학으로부터의 영향 .....	111
2. ‘형식’의 중시 .....	113
3. ‘개념-법제도-법체계’의 방법론 .....	114
III. 독일 행정법학의 독자성 강조 .....	119
1. 민사법학으로부터의 독자성 .....	119
2. 프랑스 행정법으로부터의 독자성 .....	120
제3절 법학적 방법의 지도원리: 법치국가 사상 .....	121
I. 법치국가의 성립 .....	121
1. 법치국가의 역사적 성립과정 .....	121
2. 법치국가에 대한 인식 .....	122
II. 법치국가의 요건 (1): 잘 정돈된 행정법의 국가 .....	123
III. 법치국가의 요건 (2): 행정의 사법형식성 .....	124
1. ‘사법부의 모범형’의 실현 .....	124
2. 행정의 사법형식성 요건의 도출 .....	127
3. 한스 켈젠의 ‘행정의 사법형식성’과의 비교 .....	128
4. 소결 .....	130
IV. 법치국가 사상의 방법론상 지위 .....	131
1. 법치국가 사상의 지도적 역할 .....	131
2. 법개념과 법제도 형성에 있어 법치국가 사상의 영향 .....	132
제4절 비교 및 평가 .....	135
I. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의 .....	135
1. 종합과학성의 양면성 .....	135
2. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 영향 .....	136
II. 오토 마이어 행정법학의 방법론적 의의 .....	141

1. 행정에 대한 ‘법학’으로서의 정체성과 독창성 .....	141
2. 행정에 대한 학문으로서의 방법론의 개방성 .....	143
III. 구체적 비교 - 재정법학을 중심으로 .....	146
1. 로렌츠 폰 슈타인의 재정법학 .....	146
2. 오토 마이어의 재정법학 .....	150
3. 비교 .....	153
IV. 결론 .....	154
제5장 우리나라에의 시사점 .....	156
제1절 행정법학과 인접 학문과의 관계 .....	156
I. 행정법학과 행정학의 관계에 대한 논의 .....	156
1. 미국 .....	156
2. 독일 .....	160
3. 우리나라 .....	166
II. 법학적 방법과 다른 사회과학방법론의 관계 .....	168
1. 행정법학과 사회과학의 방법론적 관계 .....	168
2. 행정법학 방법론의 개방과 확대 .....	171
3. 검토 .....	173
제2절 구체적 방법론의 모색 .....	177
I. 학제 연구 .....	177
1. 행정의 가치에 대한 연구 .....	177
2. 제도에 대한 연구 .....	184
II. 초학문·다학문 연구 .....	187
제6장 요약 및 결어 .....	189
제1절 요약 .....	189
I. ‘법학적 방법’ .....	189
II. 오토 마이어 행정법학의 대상과 체계 .....	189

III. 오토 마이어의 행정법학 방법론 .....	190
1. 행정법 ‘총론’ 완성 .....	191
2. 법학적 방법 .....	191
IV. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 대상과 방법 .....	191
V. 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의 ..	192
1. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의:	
종합과학성의 양면성 .....	192
2. 오토 마이어 행정법학의 방법론적 의의 .....	193
VI. 우리나라에의 시사점 .....	194
제2절 결어 .....	195
참고문헌 .....	200
Zusammenfassung .....	216





# 연구의 목적과 범위

## 제1절 연구의 목적

행정법학(Verwaltungsrechtswissenschaft)은 21세기의 급변하는 행정환경 속에서 ‘정체성의 위기’라는 거대한 도전에 직면해 있다.<sup>1)</sup> 행정법학의 위기를 가져온 행정환경의 변화는 과학기술의 발전에 따른 기술정보사회의 도래, 세계화의 확산, 사회구조의 복잡화, 그리고 이러한 환경변화에 따른 국가와 법의 기능 변화 등을 원인으로 하는 것으로 설명되고 있다.<sup>2)</sup>

행정법학의 위기에 대한 대응으로, 독일에서는 이른바 ‘신행정법학’(Neue Verwaltungsrechtswissenschaft)이라는 새로운 경향이 나타났다. 신행정법학은 독일의 슈미트-아스만(Schmidt-Aßmann), 호프만-림(Hoffmann-Riem), 안드레아스 포스쿠올레(Andreas Voßkuhle) 등에 의하여 주창된 것으로, 종래의 ‘법학적 방법’(juristische Methode)의 한계를 극복하기 위해 법 적용 중심의 ‘해석학’(Interpretationswissenschaft)으로부터 법 형성을 지향하는 ‘정책결정학’(Entscheidungswissenschaft)으로 법학의 강조점을 이동할 것을 주장하는 연구경향을 말한다.<sup>3)</sup> 신행정법학을 원용하지 않더라도, 그동안 우리나라에서도 행정법학의 방법론적 경직성과 형식성에 따른 문제점에 대한 인식을 바탕으로, 방법론에 대한 다양한 학문적 견해들이 주장되었는데 이를 몇 가지

---

1) 서원우, “행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제”, 행정법연구, 제7호(2001.9), 1면; 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 85면; Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S.1 등 참조.

2) 이원우, 전제논문, 86-96면 참조.

3) Andreas Voßkuhle, Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann Riem/Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, S.19. 신행정법학에 대한 국내 문헌으로는 김남진, “행정법의 종말론과 재생론”, 법연, 제46호(2015), 32-35면; 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 94면; 이원우, 전제논문, 100-102면; 정남철, 『현대행정의 작용형식』, 2016, 법문사, 3면 등 참조.

유형으로 분류하면 다음과 같다.

먼저, 행정법학의 방법론적 반성과 학제적 연구(interdisciplinary approach)를 통한, 방법론의 전환 및 확대를 해법으로 제시하는 견해가 주장되어 왔다. 예컨대,

“행정법학에 있어서도 전적으로 관련법규의 검토, 해석에 한정하는 경우에는 그에 따라 구성된 행정법이론은 실제행정과는 상당한 괴리를 노정할 위험이 적지 아니하다 할 것”<sup>4)</sup>

“법해석론에 정책적 관점을 수용하기 위해서는, 최근 우리나라에서도 비교적 활발한 연구가 일어나고 있는 ‘법현상에 대한 학제적 연구방법론’에 의지하지 않을 수 없을 것”<sup>5)</sup>

“행정법의 기능성에 대한 고려는 필연적으로 행정법 현상에 대한 학제적 관점을 요구하게 된다. 그러므로 행정법학은 행정법현상의 실체관계에 대한 사회과학적 연구 성과를 도외시할 수 없고, 오히려 그러한 성과의 토대 위에 기초하여야 할 것이며, 행정법학의 관심사는 미시적인 행위형식론에 그치지 아니하고 거시적인 행정과정 전반에 이르는 것이 되어야 할 것이다.”<sup>6)</sup>

“전통적 법학방법론을 넘어서 사실상태의 분석, 효과 및 결과분석, 학제적 연구(입법학, 경제학, 정치학, 심리학 등) 등 다양한 연구방법이 병행되어야 한다.”<sup>7)</sup>

요컨대, 위의 견해들은 행정법학의 연구의 대상과 방법을 법규의 해석에만 한정하지 않고, 다양한 학문분야의 연구 성과를 활용하는 학제적 연구의 방법론을 중시하는 입장이다. 이러한 입장에서 더 나아가 종래의 법해석학을

---

4) 김동희, “한국사회의 변화와 행정법학의 과제”, 서울대학교 法學, 제28권 제1호(1987), 79면.

5) 최송화, “법과 정책에 관한 연구”, 서울대학교 法學, 제26권 제4호(1985), 88면.

6) 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 4면.

7) 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 107면.

넘어서는 ‘제도 중심의 공법학’으로의 방법론의 전환을 제시하는 견해도 주장되고 있다. 예컨대,

“행정법학은 우선 재판규범이기에 앞서 행정에 대한 행위규범을 대상으로 해야 하며, 그 일환으로서 행정시스템설계의 법리가 그 자체 학문적으로 추구되어져야 할 것”<sup>8)</sup>

“행정에 관한 정책결정이나 법제도 설계에 관련해서도 의지할만한 규범적인 판단기준을 제공할 만한 법이론 체계와 방법을 마련해야 할 것”<sup>9)</sup>

“공법학의 방법론은 소송에 의해 포착되는 행정작용과 소송으로 포착되기 어려운 객관적 제도 양자를 모두 연구대상으로 삼아야”<sup>10)</sup>

“행정법학이 국가의 제도를 연구하고, 행정작용법을 포함한 공공의 제도 전체를 포괄하는 학문분야로 인식되면 대법전 속에 존재하는 수많은 법률들이 새로운 생명이 부여될 것”<sup>11)</sup>

“문언주의적 해석을 넘어 제도적·목적론적 방법론이 채택되어야”<sup>12)</sup>

위와 같은 제도 중심의 공법학을 주장하는 견해는 행정법학의 관심을 공법적 제도의 설계와 형성 등 입법과 국가 전체적인 시스템 구축의 영역으로 확대하고자 하는 방향성을 가지고 있다. 한편, 종합적 행정과학으로서의 ‘법정책학’(法政策學: Rechtspolitikologie)의 방향을 제시하는 견해도 주장되고 있다.<sup>13)</sup>

---

8) 서원우, “행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제”, 행정법연구, 제7호(2001.9), 8면.

9) 서원우, 전제논문, 2면.

10) 김중보, “행정법학의 개념과 그 외연 - 제도 중심의 공법학방법론을 위한 시론”, 행정법연구, 제21호(2008.8), 11면.

11) 김중보, 전제논문, 18면.

12) 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 107면.

13) ‘법정책학’의 개념에 대한 설명은 홍준형, 『법정책의 이론과 실제』, 2008, 법문사, 4-8면 참조.

“전통적 법학이 고수해 온 방법론적 결벽성은 결국 법학진영에서의 정책연구를 방치함으로써 법학의 자기영역축소라는 결과를 초래했다는 점에서 근본적으로 반성되지 않으면 안 된다.”<sup>14)</sup>

“전통적 행정법학의 주류적 법해석방법론의 질적 제고를 도모하는 한편으로, 현대 행정현상의 특징 중의 하나라고 할 수 있는 각종 정책의 입안·형성과 행정관련 법제도에 대하여 적극적으로 대응할 수 있는 정책 중시적 연구방법론을 모색하여야 할 것”<sup>15)</sup>

독자적 학문으로서의 행정법학은 ‘국가’와 국가의 ‘행정’을 대상으로 하는 법학이므로, 학문의 대상인 국가와 행정이 변화하게 되면 그에 따라 학문의 방법도 변화할 수밖에 없을 것이다. 또한 국가와 행정, 그리고 국민과의 관계 사이에서 국가와 행정이 담당하는 임무와 역할도 시대에 따라 변화하고 있으므로, 그러한 임무와 역할에 부합하는 방법론도 끊임없이 연구되어야 할 것이다.

“모든 시기마다 새로운 견해가 종래의 견해와 비교되면서 공권력의 국민에 대한, 그리고 법에 대한 지위를 결정해왔다. 공적 임무에 대한 시각은 계속하여 변화하고 있다는 점을 반드시 명심하여야 한다.”<sup>16)</sup>

본 연구는 앞에서 제시된 행정법학의 방법론적 변화와 확대에 대한 우리나라의 여러 견해들과 기본적인 방향을 같이하면서, 다른 한편으로는 ‘법학’으로서의 행정법학의 ‘독자성’과 ‘정체성’이라는 기준을 가지고, 행정법학의 ‘방법론’의 문제를 살펴보고자 한다. 학문의 정체성(Identität)은 연구대상과 연구방법의 독자성에 달려있다.<sup>17)</sup> 행정법학은 국가를 연구대상으로 한다는

14) 홍준형, 『법정책의 이론과 실제』, 2008, 법문사, 13면.

15) 문상덕, “현대의 행정 변화와 행정법학 방법론 연구 - 전통적 행정법학의 방법론 분석과 그 보완을 위한 시론”, 행정법연구, 제14호(2005), 129면.

16) Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.42.

17) Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012,

점에서, 종래의 국가학, 행정학, 재정학, 정치학, 헌법학 등과, 행정을 연구 대상으로 한다는 점에서 행정학과 연구대상에 공통점이 있다.<sup>18)</sup> 한편, 우리의 행정법학은 독일에서 형성된 ‘법학적 방법’(juristische Methode)을 기본적인 연구방법으로 하고 있다는 점에서 법학의 다른 분과학문들, 특히 ‘법학적 방법’을 형성한 민사법학과 방법론을 공유하고 있다. 그래서 행정법학은 ‘행정’에 대한 학문이라는 특성과 행정에 대한 ‘법학’이라는 특성 사이에 놓여 있다고 할 수 있다.

본 연구는, 앞에서 살펴본 행정법학 위기의 극복을 위한 여러 견해들을 근거로 하여, 앞으로 독자적 학문으로서 우리 행정법학이 나아가야 할 방법론적 방향을 모색하기 위한 시작으로, 먼저 우리 행정법학에 큰 영향을 미친 독일 행정법학의 창시자로 평가받는 오토 마이어의 행정법학 방법론을 살펴 보려 한다. 우리의 행정법학은 19세기 독일에서 형성된 그것을 기반으로 하고 있다. 그래서 독일의 행정법학과 그 시작점이라고 할 수 있는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’을 연구하는 것은 우리의 행정법학의 근원을 연구하는 것을 의미한다고 할 수 있을 것이다.<sup>19)</sup>

종래 우리나라에서는 오토 마이어에 대한 연구가 활발하게 이루어졌다고 할 수 있다. 대표적인 연구로는 박정훈, 김성수, 임현, 최계영의 연구 등이

#### S.1 참조.

18) 행정법학과 행정학은 연구의 대상만 동일할 뿐, 연구의 방법과 방향성에 있어서는 전혀 다른 학문영역에 해당함은 물론이다. “행정법학과 행정학은 행정현상을 연구하는 학문이지만 연구의 방법뿐만 아니라 연구의 대상도 다르다.”는 견해로 박균성, 『행정법론(상)』, 2017, 박영사, 11면 참조. 여기에서는 행정법학은 행정의 ‘당위’(Sollen)를 대상으로 하는데 반하여 행정학은 행정의 ‘사실적 존재’(Sein)를 대상으로 한다는 점에서 연구의 대상에 차이가 있다는 점을 지적한다.

19) 일본의 이시카와 도시유키(石川敏行)는 오토 마이어의 법학적 방법이 오늘날에도 여전히 일본의 행정법을 지배하고 있으므로 독일의 행정법학의 역사를 연구하는 것은 일본의 학자들에게 일본 자신의 행정법학의 근원을 연구하는 것을 의미한다고 하였는데, 이러한 분석은 우리나라의 행정법학에도 마찬가지로 적용될 수 있을 것으로 본다. 이에 대하여는 Toshiyuki Ishikawa, Friedrich Franz von Mayer, 1992, S.226 참조.

있다.<sup>20)</sup> 박정훈의 연구<sup>21)</sup>는 오토 마이어의 인생역정, 사상적 배경, 학문적 성과를 총망라하는 종합적인 연구로, 오토 마이어의 생애 전반을 정리하고, 사상적 배경으로 국가, 법치국가, 정치, 종교, 법학에 대하여 설명하면서 그의 학문적 성과를 정리하고 이를 평가하는 것을 내용으로 한다. 동 연구는 오토 마이어에 대한 종래의 논의를 총정리하고, 그에 대한 당대와 후대의 평가를 소개하면서 오토 마이어의 행정법학이 우리나라에 갖는 시사점과 영향을 평가하고 우리 행정법학의 나아갈 방향을 제시하였다는 점에서 큰 의의가 있다. 다음으로, 김성수의 연구<sup>22)</sup>는 오토 마이어의 대표 저작인 『독일행정법』(Deutsches Verwaltungsrecht)의 체계와 내용을 소개하고, 동 저작의 출간을 전후한 독일에서의 논쟁을 소개하면서, 오토 마이어가 행정법 이론체계에 미친 영향을 정리하고, 우리나라의 입장에서 오토 마이어를 어떻게 받아들이는 것인가에 대하여 평가하는 것을 주된 내용으로 하고 있다. 동 연구는 오토 마이어의 행정법학의 한계로 제시되어 온 내용들을 정리하면서 새로운 방법론의 필요성을 제안하였다는 점에서 큰 의미가 있다. 임현의 연구<sup>23)</sup>는 오토 마이어의 『독일행정법』을 총론뿐만 아니라 각론 전 분야에 걸쳐 모두 소개하고 있으며, 오토 마이어의 행정법학 전반에 대하여 오토 마이어의 저작을 기초로 하여 종래의 독일과 일본에서의 논의를 총정리한 점에서 큰 의미가 있다. 최계영의 연구<sup>24)</sup>는 오토 마이어의 행정법학의 핵심이라고 할 수 있는 행정행위 이론에 초점을 맞추어, 행정행위 개념의 정립 과정, 행정

20) 그 외에도 여러 선행연구들이 있으나, 여기에서는 오토 마이어의 행정법학을 그 직접적인 연구의 대상으로 하고 있는 연구로 한정하였다. 검토의 순서는 연구논문, 학위논문의 순서로, 발행일을 기준으로 하였다.

21) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정관례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 1-48면; 박정훈, “오토 마이어(1846-1924)의 삶과 학문”, 행정법연구, 제18호(2007.8), 199-230면.

22) 김성수, “오토 마이어- 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가”, 공법연구, 제45집 제2호(2016.12), 232-255면.

23) 임현, 『오토 마이어 행정법학의 현대적 해석』, 1998, 고려대학교 석사학위논문.

24) 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문.

행위의 기능과 효력 등을 정리하고 오토 마이어 이후의 행정행위 이론의 발전과정을 소개하였다는 점에서 큰 의미가 있다.

본 연구는 이러한 선행연구들을 기초로 하면서, 오토 마이어의 행정법학 중에서 특히 ‘방법론’에 중점을 두어 살펴보려 한다. 오토 마이어 당시 독자적 학문으로서의 행정법학을 성립하도록 한 그의 행정법학의 방법론적 특징을 당시의 주류적 방법론이라고 할 수 있는 로렌츠 폰 슈타인의 방법론과 비교하여 살펴보고, 오늘날의 행정법학의 위기라 불리는 상황에서 오토 마이어의 방법론이 갖는 의미를 찾아보고자 하는 것에 연구의 목적을 두고 있다. 나아가, 오토 마이어의 행정법학 방법론이 오늘날 우리 행정법에서 갖는 의의와 시사점을 토대로, 행정법학과 다른 학문들과의 연계와 협력을 통한 우리 행정법학의 확장 가능성을 살펴보고, 그 구체적인 방법론을 모색해 보는 것에 본 연구의 목적이 있다.

## 제2절 연구의 범위와 방법

### I. 연구의 범위

모든 학문은 그 학문에 대하여 제기된 질문에 답을 할 수 있는 특정한 ‘방법’을 이용한다.<sup>25)</sup> ‘방법’(Methode)이란 단어는 일반적으로 ‘길’(Weg) 또는 ‘길을 뒤따라’(hinter dem Weg)라는 의미를 갖는 것으로 설명된다.<sup>26)</sup> 어떠한 학문 분야에 있어서 ‘방법’은 그 학문에 있어서의 길을 의미하고, 이는 특정한 목표에 도달하기 위한 절차 즉, 그 학문의 연구대상을 정확하게 인식하기 위한 방법을 의미하는 것이다.<sup>27)</sup> 이러한 방법론은 문제를 포착하고 그

<sup>25)</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S.7 참조.

<sup>26)</sup> 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호 (2015.12), 163면; Jan Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl., 2012, S.1 등 참조.

에 대한 해결방안을 모색하는 것에 본질이 있는 것이다.<sup>28)</sup>

어떠한 학문의 연구대상과 연구방법의 독자성이 그 학문의 정체성을 결정한다고 할 수 있다.<sup>29)</sup> 어떠한 학문에 있어서 연구의 방법은 그 학문의 도구에 해당하는 것이고<sup>30)</sup>, 독자적인 방법이 존재하는지 여부가 그 학문 분과의 독자성과 정체성을 좌우하게 되는 것이다.<sup>31)</sup> 독자적 학문은 그 “대상을 그 원리들에서 방법적으로 인식하는 것”이라고 정의할 때 학문성의 기준은 대상, 방법, 인식 등이 되는데, 그 중 학문의 ‘대상’은 가변적일 수 있고 다른 학문분과의 연구대상과 중첩될 수도 있으므로 결국 학문의 독자성을 판단하기 위한 가장 중요한 기준은 그 학문의 ‘방법’이 된다.<sup>32)</sup> 결국 학문의 정체성의 문제는 방법론의 문제로 귀결되는 것이라 할 수 있다.<sup>33)</sup>

법학에 있어서도 법학의 정체성의 문제는 방법론의 문제가 된다. 법학은 “소재의 학문이 아니라 방법론의 학문”<sup>34)</sup>이고, 법학의 학문성은 일차적으로 ‘방법론’에 있다.<sup>35)</sup> 독자적 학문인 법학은 법학에 특유한 ‘방법’을 필요로 하고<sup>36)</sup>, 법학에 특유한 방법인 ‘법학적 방법론’(juristische Methodenlehre)은 독자적 학문인 법학에 특유한 방법론으로 법학의 문제를 해결하기 위한 도구

---

27) Jan Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl., 2012, S.1 참조.

28) 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 59면 참조.

29) Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.1 참조.

30) Franz Bydlinzky, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl., 2012, S.17 참조.

31) 학문의 기본속성을 연구목적, 연구대상 및 그에 적합한 방법론으로 보는 견해로 정정길, 『정책학원론』, 2000, 대명출판사, 13면 참조.

32) 심헌섭, “법학의 학문성”, 한국법철학회(이계일 역음), 『법학방법론』, 2017, 세창출판사, 17-18면 참조. 여기에서는 아리스토텔레스의 『니코마스 윤리학』에서 제시된 학문적 인식의 기준을 논거로 하여 위와 같은 학문성 인정의 기준을 제시한다.

33) 박정훈, 전게서, 61면 참조. 여기에서는 “학문적 정체성이 위협받는 경우에는 방법론적 성찰이 가장 필요하다.”고 한다.

34) 박정훈, 전게서, 59면.

35) 박정훈, 전게서, 60면 참조.

36) Franz Bydlinzky, a.a.O., S.17 참조.



가 된다.<sup>37)</sup> 이것은 독자적 학문인 행정법학의 경우에도 마찬가지이다.

그래서 본 연구는 오토 마이어의 행정법학의 ‘방법론’을 주된 연구의 대상으로 한다. 그리고 오토 마이어의 행정법학 방법론 중에서도 ‘법학적 방법’(juristische Methode)을 중심으로 살펴본다. 오토 마이어의 행정법학의 ‘방법론’을, 그 중에서도 ‘법학적 방법’을 주된 연구의 대상으로 삼으면서, 오토 마이어 당시의 행정법학에 있어서 주류적인 방법론이었다고 할 수 있는 ‘국가학적 방법’(staatswissenschaftliche Methode)을 대표하는 로렌츠 폰 슈타인(Lorenz von Stein)의 방법론을 그 비교의 대상으로 삼는다.

한편, 독자적 학문의 방법론은 구체적인 ‘방법’의 문제와 함께 그 인식의 ‘대상’을 중요한 요소로 하므로, 먼저 제2장에서는 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인의 행정법학의 인식대상인 ‘국가’와 ‘행정’에 대하여 살펴본다. 국가와 행정은 국가학과 행정법학의 공통의 연구대상이다. 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어는 모두 헤겔의 국가철학으로부터 영향을 받은 것으로 평가받고 있는데, 이러한 사상적 공통성이 국가와 행정에 대한 인식으로 어떻게 이어지고 있는지, 두 사람 사이의 공통점과 차이점은 무엇인지를 살펴본다.

제3장에서는 ‘행정법’과 ‘행정법학’에 대한 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 견해에 대하여 살펴본다. 인식대상인 국가와 행정에 대한 관점에 기초하여 ‘행정에 대한 법’인 행정법과 그 행정법의 학문인 행정법학에 대한 두 사람의 관점을 살펴본다. 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 관점의 차이는 곧 국가학과 행정법학의 차이로 이어지게 되므로 그 중요성이 크다고 할 것이다. 그리고 오토 마이어의 독자적 학문으로서의 행정법학에 대한 인식은 인접 학문인 국법학과 민사법학과의 관계 속에서 더욱 의미를 갖는 것이기 때문에, 이러한 학문들과의 관계가 중요한 연구대상이 된다.

제4장에서는 구체적인 방법론으로, 로렌츠 폰 슈타인의 ‘국가학적 방법’과 오토 마이어의 ‘법학적 방법’에 대하여 살펴본다. 로렌츠 폰 슈타인은 ‘국가학적 방법’을 대표하는 학자 중 한 사람이고, 오토 마이어는 프리드리히 칼

---

37) 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호 (2015.12), 164면 참조.

폰 사비니(Friedrich Carl von Savigny; 이하 ‘사비니’)로부터 시작되어 게오르크 프리드리히 푸흐타(Georg Friedrich Puchta; 이하 ‘푸흐타’), 칼 프리드리히 폰 게르버(Carl Friedrich von Gerber; 이하 ‘게르버’), 루돌프 폰 예링(Rudolf von Jhering; 이하 ‘예링’) 등을 거치면서 완성된 독일 민사법학의 ‘법학적 방법’을 행정법학에 수용한 학자이다. 오토 마이어는 19세기 후반 독일의 행정법학에서 로렌츠 폰 슈타인을 통하여 전성기를 누리고 있던 ‘국가학적 방법’을 ‘개념’과 ‘체계’ 중심의 ‘법학적 방법’으로 대체한 것으로 평가받고 있는데<sup>38)</sup>, 당시의 국가학적 방법을 대표하는 로렌츠 폰 슈타인의 방법론과 오토 마이어의 방법론을 비교하여 살펴봄으로써, 국가학적 방법과 그에 대응하는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 특징, 그리고 행정법학의 독자적 성격의 근원을 찾아볼 수 있을 것이다. 제3절에서는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 핵심적 지도원리인 ‘법치국가’(Rechtsstaat) 사상에 대하여 살펴보고, 제4절에서는 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인의 방법론의 구체적 비교를 위하여 재정권(Finanzgewalt)에 대한 두 방법론의 설명을 비교·검토한다. 이러한 비교를 통하여, 현재의 행정법학의 위기를 극복하기 위한 방법론적인 대안, 즉, 방법론의 확대의 문제, 다른 학문들과의 양립 가능성 문제, 그리고 행정법학의 정체성 문제에 대한 시사점을 검토해 본다.

제5장에서는 오토 마이어 행정법학의 방법론적 시사점을 바탕으로, 우리의 행정법학의 구체적인 방법론을 모색해 본다. 이를 위해 종래 우리나라에서 논의되어 온 행정법학 방법론에 대한 논의를 살펴보고, 독일에서 최근 주장되고 있는 신행정법학의 논의를 방법론적 측면에서 살펴본다. 그리고 행정법학과 다른 사회과학과의 관계에 대한 관계 정립을 포함한 구체적인 방법론의 방향을 살펴본다.

이러한 연구의 기초가 되는 사항으로, 제1장에서는 독일 행정법학의 성립 과정을 역사적으로 개관해 보고, ‘법학적 방법’의 형성 과정을 살펴본 후, 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인의 생애와 그들의 사상의 공통분모라 할 수 있는 게오르크 헤겔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel; 이하 ‘헤겔’)의 국가사

<sup>38)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.19 참조.

상을 살펴본다.

## II. 연구의 방법

연구의 방법과 관련하여, 본 연구에서는 오토 마이어의 『독일행정법』(Deutsches Verwaltungsrecht) 제3판(1925)을 문헌 연구의 주된 대상으로 하면서, 『독일행정법』 제1판(1895)과 『프랑스행정법의 이론』(Theorie des Französischen Verwaltungsrechts) 제1판(1886)을 보조적인 대상으로 한다. 그리고 보조적 연구대상인 『독일행정법』 제1판에서는 다음의 부분을 주로 연구의 대상으로 한다. 먼저 오토 마이어의 행정법학에 대한 초기 인식에 대한 이해를 위하여 서문(Vorwort)을 살펴보고, 다음으로 국가학과 로렌츠 폰 슈타인의 연구에 대한 오토 마이어의 인식을 이해하기 위해서 제2장을 살펴본다. 오토 마이어의 『독일행정법』 제3판에서는 로렌츠 폰 슈타인과 국가학적 방법론에 대한 비판 부분이 상당 부분 삭제되었기 때문에 제1판을 연구할 필요가 있다고 할 수 있다. 그리고 법치국가론에 대한 오토 마이어의 초기 인식의 이해를 위해 제5장을 연구한다. 다음으로, 보조적 연구대상인 『프랑스행정법의 이론』은 ‘권력분립’을 다룬 제1장을 살펴보고, 민사법학과 비교하여 행정법학의 임무를 다룬 제4장을 연구한다.<sup>39)</sup>

로렌츠 폰 슈타인에 대하여는 1870년에 발간된 그의 『행정학과 행정법 편람』(Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts)을 주된 연구대상으로 한다. 로렌츠 폰 슈타인의 저서 중에서는 총 8권으로 구성된 『행정학』(Die Verwaltungslehre)이 대표적인 저작이라고 할 수 있으나, 본 연구에서는 ‘행정법’에 대한 그의 인식을 주된 연구의 대상으로 하므로 연구

---

39) 오토 마이어의 저작 외에, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 대한 이해를 위하여 2차 문헌을 연구대상으로 하는데, 특히 Alfons Hueber, Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982; Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999; Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981 등을 주된 연구대상으로 한다.

의 목적상 『행정학과 행정법 편람』을 주된 연구의 대상으로 한다.<sup>40)</sup>

그리고 예비적 연구에 해당하는 ‘법학적 방법’의 형성과 전개과정에 대한 연구에 있어서는 Dieter Grimm의 *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*<sup>41)</sup>, Michael Stolleis의 *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*<sup>42)</sup>, 그리고 Walter Wilhelm의 *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*<sup>43)</sup>을 주된 연구대상으로 한다.

### 제3절 용어의 정의

‘방법론’이라는 용어의 개념에 대하여는 다양한 차원의 논의가 있을 수 있다. 예를 들어, 대표적인 방법론 연구자라 할 수 있는 칼 라렌츠(Karl Larenz)는 모든 학문은 자신에게 제기된 질문에 답하기 위하여 특정한 ‘방법’을 이용한다고 전제한 후, 법학(Rechtswissenschaft)이 이용하는 방법은 무엇인지 질문한다. 그리고 자신이 말하는 법학은 바로 ‘실정법학’(Jurisprudenz)을 의미한다고 설명하면서, 법학에 사용되는 방법론을 ‘법학적 방법론’(juristische Methodenlehre)이라고 한다.<sup>44)</sup> 법학방법론에 대한 연구자인 프란츠 비드린스키 역시 ‘법도그마틱’(Rechtsdogmatik)의 방법론을 의미하는 고

---

40) 로렌츠 폰 슈타인에 대한 연구의 주된 대상은 Lorenz von Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts*, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010)이다. 그밖에 로렌츠 폰 슈타인의 다른 저서의 내용을 소개하는 경우에는 주로 Jay M. Shafritz, *International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, 1998을 참고하였다.

41) Dieter Grimm, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012.

42) Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band II, 1992.

43) Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 2. Aufl., 2003.

44) Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S.7-9 참조.

유한 실정법학의 방법론을 자신의 ‘법학적 방법론’(juristische Methodenlehre)으로 정의한다.<sup>45)</sup>

‘법학적 방법론’은 법에 대한 연구로서, 실정법의 해석과 적용을 주로 다루는 방법론을 의미한다.<sup>46)</sup> 이것은 법사학·법사회학·법철학·법정책 등과는 다른 것으로, 일반적으로 실정 법률을 통하여 실정 법률을 이해하는 것을 목적으로 하는 방법론으로 설명된다.<sup>47)</sup> ‘법학적 방법론’은 실정 법률의 완전한 해석을 목표로 하고<sup>48)</sup>, 특정 사안에 대하여는 특정 사안에서 실제로 적용 가능한 법률을 결정하는 것을 목표로 한다.<sup>49)</sup> 더 나아가, ‘법학적 방법론’은 법공동체와 그 구성원들에게 법적 문제에 대한 방향을 제시하는 실질적인 역할도 수행하여야 할 것을 요구받는다.<sup>50)</sup> 한편, 보다 넓은 의미로 ‘학문으로서의 법학’(Rechtswissenschaft)에 대한 방법론을 ‘법학방법론’(rechtswissenschaftliche Methodenlehre)으로 부를 수 있다. 이는 그 연구의 대상을 실정법과 도그마틱에 한정짓지 않고, 법의 이념과 역사, 그리고 정치·사회적 현상으로까지 확대하는 것을 의미하는 것이다.<sup>51)</sup>

본 연구에서는 학문으로서의 법학에 대한 방법론은 ‘법학방법론’(rechtswissenschaftliche Methodenlehre), 실정법학의 방법론은 ‘법학적 방법론’(juristische Methodenlehre)으로 부르고, 역사적으로 사비니에서부터 시작하여 오토 마이어를 통하여 행정법학에 도입된 방법론에 대하여는 ‘법학적 방법’(juristische Methode)으로 부르기로 한다.

---

45) Franz Bydlinsky, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl., 2012, S.17 참조.

46) Christian Bumke, Rechtsdogmatik, 2017, S.113; Franz Bydlinsky, a.a.O., S.17 등 참조.

47) Franz Bydlinsky, a.a.O., S.17 참조.

48) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S.65 참조.

49) Jan Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl., 2012, S.1 참조.

50) Franz Bydlinsky, a.a.O., S.17 참조.

51) 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호 (2015.12), 164면 참조. 여기에서는 ‘(실정)법학적 방법’을 “실정법의 인식”을 직접적인 대상으로 하는 ‘Jurisprudenz’(실정법학)을 의미하는 것으로 정의하면서, 학문으로서의 법학과 대비하여 설명한다.

## 제1장 예비적 고찰

본 장에서는 오토 마이어의 행정법학 방법론과 로렌츠 폰 슈타인의 방법론의 비교 연구를 위하여, 먼저 독일 행정법학의 성립과정을 역사적으로 개관하고, 오토 마이어의 방법론의 핵심이라고 할 수 있는 ‘법학적 방법’(juristische Methode)의 형성 과정과 그 핵심적인 내용을 살펴본다. 그리고 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 생애를 개관하고, 그들의 사상에 있어 공통분모라고 할 수 있는 헤겔의 국가사상에 대하여 살펴본다.

### 제1절 독일 행정법학의 성립

독일의 행정법학은 플리츠 플라이너에 따르면, “19세기 후반에 역사, 정치, 국가재정 등이 뒤섞여 있는 혼합된 학문으로부터 성장하여 민사법학과 동등한 엄격한 법학적 방법론에 따르는 법학의 학문분야의 지위에 오르게 된 학문”<sup>52)</sup>으로 평가되고 있다. 독일 행정법학의 성립과정을 17-18세기의 ‘권위주의적 절대국가 시대’와 그 이후의 ‘법치국가 시대’로 나누어 살펴본다.<sup>53)</sup>

#### I. 권위주의적 절대국가 시대

##### 1. 근세 사법국가 시대

---

<sup>52)</sup> Fritz Fleiner, Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906, S.8.; zitiert nach Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., 1913, S.26.

<sup>53)</sup> 이러한 시대 구분은 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 『독일연방공화국 60년』, 2009, 도서출판 오름, 206-212면의 체계를 참고한 것이다.

17세기의 독일은 ‘제후 고권’(landesherrliche Hoheitsrecht)의 시대이다.<sup>54)</sup> 오토 마이어는 이 시기에 대하여, “오늘날 우리가 행정이라고 부르는 것은 그 역사적 시작점을 구 독일제국이 아니라 개별 제후의 영토(Territorium)에 두고 있다.”<sup>55)</sup>고 설명한다. 당시에는 입법권, 사법권, 행정권이 분리되지 않고 모두 제후의 고권에 속해 있었다.<sup>56)</sup>

당시의 법질서를 살펴보면, 개인들 사이의 관계에 대한 질서로 로마법이 받아들여졌는데, 로마법은 국가와 신민 사이의 관계에 대한 질서는 아니었지만<sup>57)</sup>, 행정법은 민사법의 모범에 따라 형성되었다.<sup>58)</sup> 그래서 제후의 고권 행사도 민사법상의 권리와 동일하게 취급되어, 제후와 신민 사이의 법질서는 민사법과 같이 권리와 ‘반대권리’(Gegenrecht)의 대결로 나타났다.<sup>59)</sup> 그러한 법질서에 대한 통제는 일반 재판소인 신성로마제국 제국재판소<sup>60)</sup>에서 담당하였는데, 이러한 의미에서 당시의 독일은 ‘사법국가’ 체제에 해당하는 것으로 설명된다.<sup>61)</sup>

54) 1512년 ‘독일 국민의 신성로마제국’이라는 국호를 정식으로 사용한 이래, 신성로마제국이라는 이름 아래 있었던 독일은 1616년부터 1648년까지 ‘30년 전쟁’을 거치고 1648년 베스트팔렌 조약을 통하여 이른바 ‘삼백제후’들이 모두 각자의 주권을 확립하게 됨으로써, 신성로마제국은 사실상 해체되고 각 제후국들이 주권을 갖는 시대를 맞게 되었다. 17세기 독일의 상황에 대한 설명은 조좌호, 『세계문화사』, 1994, 박영사, 374면 이하; 기구치 요시오(이경덕 역), 『결코 사라지지 않는 로마, 신성로마제국』, 2016, 다룬세상, 223-230면; 하겐 술체(반성완 역), 『새로 쓴 독일역사』, 2014, 지와 사랑, 81면 이하 각 참조.

55) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.26.

56) 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 『독일연방공화국 60년』, 2009, 도서출판 오름, 207면 참조.

57) Otto Mayer, a.a.O., S.26 참조.

58) Ebenda, S.29 참조.

59) Ebenda, S.29 참조.

60) 당시 신성로마제국의 독일황제는 고대 로마황제의 후계자로 인식되었으므로, 로마법은 독일황제의 법이면서 동시에 독일법이 되어 독일에 일반적으로 적용될 수 있는 것으로 인식되었다고 한다. 현승중/조규창, 『게르만법』, 2001, 박영사, 79-80면 참조.

61) 이원우, 전제논문, 207면 참조. 여기에서는 제후의 고권은 공익을 위해서만

## 2. 경찰국가 시대

### (1) 시대적 특징

18세기의 독일은 ‘경찰국가’(Polizeistaat)의 시대이다.<sup>62)</sup> 이 시기의 독일에서는 ‘행정국가화’가 진행되었고 공법학은 주로 ‘경찰’ 개념을 중심으로 하는 권위주의적 성격을 가지고 있었다.<sup>63)</sup> 이 시기에는 공법(公法)과 사법(私法)의 구별이 확립되었고, ‘국고’(Fiskus) 관념이 형성되었다.<sup>64)</sup>

### (2) 학문적 경향: 관방학 · 관방법

경찰국가 시대에는 ‘관방학’(Policywissenschaft)이라 불리는 학문이 국가를 대상으로 하는 학문의 중심이었다. 관방학은 ‘행복촉진주의적 복지국가관’이라는 국가이념을 가지고, 관료의 양성과 국가재정의 확보라는 목적을 가지고 성립된 것으로, 공공의 안전뿐만 아니라 보건, 교육, 복지 등 국가가 담당하는 기술적인 활동의 모든 영역을 포괄하는 학문이었다.<sup>65)</sup>

---

부여되는 것이어서, 제후가 고권을 남용하는 경우 신성로마제국 제국재판소에 의해 손해배상책임을 지게 되거나 벌금형을 받았다고 설명한다.

62) 당시 독일에서는 브란덴부르크-프로이센의 선제후(選帝侯)인 프리드리히 3세가 1701년 ‘프로이센의 왕’으로 대관식을 갖고 ‘프리드리히 1세’ 왕으로 즉위하여 베를린을 수도로 하는 프로이센 왕국이 탄생하게 되었다. 이에 대한 설명으로는 조좌호, 『세계문화사』, 1994, 박영사, 376면 참조.

63) 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 『독일연방공화국 60년』, 2009, 도서출판 오름, 207-208면 참조. 여기에서는 ‘경찰국가’는 부정적 측면에서 “질서유지를 위해 진압적 권력이 과도하게 사용되는 국가”라는 의미와, 긍정적 측면에서 “질서정연한 공동체의 상태를 달성하기 위한 적극적인 복리작용을 수행하는 적극적 국가”라는 의미를 함께 갖는데, 이 중에서 후자의 의미로 주로 사용되는 것으로 설명한다.

64) 이원우, 전제논문, 208-209면 참조. ‘국고’ 관념에 대하여는 박훈민, 『독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구 - 국가사인설의 이론사적 고찰을 중심으로』, 2014, 서울대학교 박사학위논문 참조.



관방학은 프로이센의 프리드리히 빌헬름 1세<sup>66)</sup>가 각 대학에 ‘관방학 강좌’를 설치한 1727년을 기준으로 하여 두 단계로 구분되는데<sup>67)</sup>, 전기 관방학은 관방학과 재정학, 경제정책, 경찰학 등의 다른 학문들이 서로 명확하게 구분되지 않은 채 혼합된 형태였음에 반하여, 후기 관방학은 ‘국가재산’(國家財産; Staatsvermögen)을 중시하여 그것을 창설하고 유지하는 것과 유효하게 사용하는 것을 목적으로 하는 독립적인 학문의 성격을 갖는 것이었다.<sup>68)</sup> 이 시기의 학문의 역할은 “관방(Policey)의 보호(Fürsorge)가 확대되는 대상과 국가의 개입을 정당화하는 사유를 정리하는 것”<sup>69)</sup>이었다. 이 시기의 행정은 행정학 또는 재정학의 대상이 되거나 국민경제정책의 문제로 다루어졌다.<sup>70)</sup> 포르스트호프는 이러한 경찰국가 시대의 행정은 체계적인 법학의 대상이 될 수 없다고 하고, 이 시기의 관방학과 경찰학은 근대적인 법학이 아니라고 평가한다.<sup>71)</sup>

## II. 법치국가 시대

### 1. 시대적 특징

65) 유훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사, 51면; Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, P.2137 등 참조.

66) 프리드리히 빌헬름 1세는 프로이센 왕국의 왕으로, 1713년부터 1740년까지 재위하였다. 그는 프로이센의 ‘절대주의’와 ‘군국주의’의 확립자로 알려져 있다. 그는 중상주의정책을 시행하여 국가재정을 확립하였고, 군사력 강화에 주력하였다. 그의 아들은 ‘프리드리히 대왕’으로 알려져 있는 프리드리히 2세(1740-1786년 재위)이다. 프리드리히 빌헬름 1세에 대한 설명으로는 조좌호, 『세계문화사』, 1994, 박영사, 376면 참조.

67) Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.244 참조.

68) 유훈, 전거서, 52-53면 참조. 관방학의 시대적 구분에 대한 설명은 김운태, 『행정학원론』, 1985, 박영사, 22면; 유훈, 전거서, 51-53면 등 참조.

69) Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.42.

70) 홍정선, 『행정법원리: 독일의 이론과 실제』, 1990, 박영사, 52면 참조.

71) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., 1958, S.40 참조.

19세기 유럽은 프랑스 대혁명<sup>72)</sup> 이후의 ‘자유주의’ 시대였다. 독일<sup>73)</sup>에서는 이 시기에 자유주의의 영향으로 법치국가 사상이 성장하고 법률유보원칙이 확립되었으며, 경찰국가적인 공법 질서 속에서 ‘제1차 탈경찰화’(Entpolizeilichung)<sup>74)</sup>가 진행되어, ‘자유주의적 경찰개념’이 확립되었다.<sup>75)</sup>

## 2. 학문적 경향

독일의 행정법학이 “역사, 정치, 국가재정 등이 뒤섞여 있는 혼합된 학문

72) 프랑스 대혁명은 독일의 지식인들에게도 큰 영향을 미쳤다. 예를 들어, 독일의 대표적인 철학자인 임마누엘 칸트는 프랑스 대혁명에 대하여, “이 혁명은 이를 구경하고 있는 모든 사람의 마음속에 참가하고 싶다는 욕망을 불러일으키고 있고, 그러한 욕망은 거의 열광에 가까운 것이다.”라고 평가하였다. 이에 대한 설명은 하겐 술체(반성완 역), 『새로 쓴 독일역사』, 2014, 지와사랑, 106면 참조.

73) 나폴레옹전쟁 이후 1806년 신성로마제국이 공식적으로 해체되고, 독일 지역에는 38개 국가와 도시국가들의 느슨한 연합체인 ‘도이치 연방’(der Deutsche Bund)이 등장하였는데, 두 강대국인 오스트리아와 프로이센이 강력한 영향력을 행사하였다. 원래 프로이센은 1815년 빈(Wien) 회의 이전까지는 도이치와 폴란드의 두 민족 국가였다가 1815년에 도이칠란트에 편입되었고, 이때부터 독일 지역에 강한 영향력을 행사하기 시작하였다. 이에 대하여는 제바스티안 하프너(안인희 역), 『비스마르크에서 히틀러까지 - 독일제국의 몰락』, 2016, 돌베개, 23-32면 참조. 19세기 독일 역사의 중요한 사건으로는 1848년 3월 혁명, 1861년 빌헬름 1세 즉위, 1867년 북도이치연방 결성, 1871년 독일제국의 성립 등이 있다. 이에 대하여는 조좌호, 『세계문화사』, 1994, 박영사, 469-478면 참조.

74) 독일에서는 모두 세 차례에 걸친 ‘탈경찰화’가 진행되었는데, ‘제1차 탈경찰화’는 18세기에 진행된 경찰 개념에서 복리증진이 탈락되는 과정을, ‘2차 탈경찰화’는 제2차 세계대전 이후에 진행된 위험방지 영역의 분리에 따른 탈경찰화를, 그리고 ‘제3차 탈경찰화’는 ‘위험방지의 민영화’(Privatisierung der Gefahrenabwehr) 경향을 의미한다. 독일에서의 세 차례에 걸친 탈경찰화 과정에 대하여는 Franz-Ludwig Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, S.3-17 참조.

75) 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 『독일연방공화국 60년』, 2009, 도서출판 오름, 210-211면 참조.

으로부터 성장하여 민사법학과 동등한 엄격한 법학적 방법론에 따르는 법학의 학문분야의 지위에 오르게 되었다.”<sup>76)</sup>라는 플리츠 플라이너의 평가는 19세기의 학문의 역사적 과정을 ‘행정법학의 점진적인 등장’과 ‘국가학적인 경찰학으로부터의 학문적인 분리’로 이해한 것으로 설명되고 있다.<sup>77)</sup> 1800년대에 이르러 독립적인 행정재판소가 등장<sup>78)</sup>하면서 본격적인 행정법학 연구가 시작되어 독일 행정법학이 성립되는데, 이 시기의 대표적인 학자로는 로버트 폰 모울(Robert von Mohl; 이하 ‘모울’), 로렌츠 폰 슈타인, 루돌프 폰 그나이스트(Rudolf von Gneist; 이하 ‘그나이스트’), 그리고 오토 마이어를 들 수 있다.<sup>79)</sup> 특히, 모울은 독립적인 행정법학 연구를 시작한 사람으로 볼 수 있는데, 그는 과거의 관방학을 행정법학과 행정학으로 재구성하는 것에 성공하였다는 점 및 법치국가에 대한 연구를 시작하였다는 점에서 의미 있는 평가를 받고 있다.<sup>80)</sup> 이 시기의 학문적 경향은 행정학과 행정법학으로 나누어 살펴본다.

## (1) 행정학

경찰국가 시대의 관방학(Policywissenschaft)과 관방법(Policeyrecht)은 새로운 형태의 ‘행정학’(Verwaltungslehre)으로 변형되었다. 이 시기의 행정학은 행정의 모든 구성요소에 대하여 다양한 방면에서 상세하게 설명하는 것을

<sup>76)</sup> Fritz Fleiner, Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906, S.8.; zitiert nach Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., 1913, S.26.

<sup>77)</sup> Roger Müller, Verwaltungsrecht als Wissenschaft, 2006, S.29 참조.

<sup>78)</sup> 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 『독일연방공화국 60년』, 2009, 도서출판 오름, 211면 참조. 19세기 독일의 행정재판제도의 수립과정과 이와 관련된 그나이스트와 오토 바(Otto Bähr)의 논쟁 등에 대하여는 박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 2008, 박영사, 42-43면 참조.

<sup>79)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.229 참조.

<sup>80)</sup> Ebenda, S.258 참조.

그 학문적 특징으로 하는 것이었는데, 특히 국가와 행정제도에 대한 설명이 학문의 중심을 이루었다.<sup>81)</sup> 이 시기의 행정학은 행정의 다양한 영역 내에 들어온 실정 법률규정들을 학문의 대상으로 고려하기 시작하였다.<sup>82)</sup>

## (2) 행정법학의 등장

1800년대의 행정법학은 초기에는 ‘국가학적 방법’이 주류를 이루었다가 후반에는 ‘법학적 방법’이 확고한 위치를 차지하게 되었다.<sup>83)</sup> ‘국가학적 방법’으로 인하여, 법학은 행정학으로부터 독립하여 행정을 위하여 형성된 법규를 체계적으로 정리할 수 있게 되었다.<sup>84)</sup> ‘국가학적 방법’은 행정학의 체계를 이어받은 것으로, 행정의 분류와 체계에 맞추어 법규를 재편성하는 것이었다.<sup>85)</sup> 이에 따라 화재 경찰, 물 경찰, 건축 경찰, 의료, 교육, 보건 등과 같이 다양한 행정 영역에 대하여 각기 이에 대응하는 실정 법률의 소재들을 모아 놓은 ‘법적 혼합체’(juristisches Konglomerat)가 형성되었다.<sup>86)</sup> ‘국가학적 방법’은 개별 법률규정들에 대한 분석에 치중함으로써 그것을 넘어서는 법제도의 통합에는 관심을 갖지 못하였고, 행정 실무에 적합하도록 만들어진 행정의 체계와 연결됨으로 인하여 개별 행정 분야로 흩어지게 되었다는 평가를 받는다.<sup>87)</sup> 뒤이어 민사법학을 크게 발전시킨 법학적 방법론이 공법학에 도입<sup>88)</sup>되는데, 국법학 분야에서는 파울 라반트(Paul Laband; 이하 ‘라반트’)에 의해서 그리고 행정법학 분야에서는 오토 마이어에 의해서 각각 확립된 방법론으로 확고하게 자리 잡게 되었다.

---

81) Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.42 참조.

82) Ebenda, S.42 참조.

83) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.19 참조.

84) Fritz Fleiner, a.a.O., S.43 참조.

85) Ebenda, S.43 참조.

86) Ebenda, S.43 참조.

87) Ebenda, S.43 참조.

88) Ebenda, S.44 참조.

## 제2절 법학적 방법

오늘날의 행정법학의 방법론인 법학적 방법론의 근간을 이루는 ‘법학적 방법’(juristische Methode)은 사비니에서 시작하여 푸흐타와 게르버, 예링을 거쳐 민사법학의 방법론으로 형성되었고, 게르버를 통하여 라반트와 오토 마이어를 거쳐 공법학으로 전수된 것이다. ‘법학적 방법’이라는 용어와 개념은 민사법학 분야에서 예링이 사용한 것을 게르버가 공법학에 받아들인 것으로, 당시에는 법학에서 역사적, 철학적, 정치적 논의를 배제하는 것을 의미하였다.<sup>89)</sup> 이하에서는 역사적으로 형성된 ‘법학적 방법’의 형성과정과 오토 마이어를 통한 행정법학에의 도입 과정에 대하여 살펴본다.

### I. 법학적 방법의 초기 형성

#### 1. 사비니: 역사법학과 도그마틱

##### (1) 역사법학과의 입장

사비니는 1779년 독일 프랑크푸르트(Frankfurt)에서 출생하여 1861년에 사망하였다. 그의 대표작은 1840년에 발간된 『현대 로마법체계』(System des heutigen Römischen Rechts)이다.<sup>90)</sup> 사비니는 ‘역사법학’(Geschichtliche Rechtswissenschaft)의 창시자로 알려져 있는데, 다음의 표현은 역사법학과의 입장의 핵심을 가장 정확하게 알려주는 것이다.

“법학에 대한 가장 가치 있는 견해는 모든 법학은 법의 역사라는 높은 사상을 따르는 것이고, 그래서 법의 역사를 다른 법학과 분리하여 다루는 것은

---

<sup>89)</sup> Hans-Joachim Koch, Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, 2. Aufl., 2015, S.61-62 참조.

<sup>90)</sup> 최종고, 『법사상사』, 1992, 박영사, 187면 참조.

빛과 그림자의 서로 다른 분포를 구별할 수 있을 때나 가능한 일이다.”<sup>91)</sup>

사비니와 역사법학과는 ‘법의 역사로서의 법학’(Rechtswissenschaft als Rechtsgeschichte)을 중시하였다. 사비니와 역사법학과는, 법의 역사는 ‘법학적 방법’에 따른 도그마틱적 방법론에 대한 보조적 기능을 하는 것으로부터 자유로워지게 되어, 더 이상 법률가의 인식을 위한 수단에 그치지 않고 고유한 의미에서 법학적 완성에 이르게 되었다고 인식한다.<sup>92)</sup>

그러나 다른 한편으로 사비니와 역사법학과는 ‘도그마틱’을 법학의 기초로 하고 있었기 때문에, 자신들이 주장하는 역사적 방법과 도그마틱적 방법론의 조화를 추구하였다. 사비니의 관점에서는 도그마틱도 역사적 관점에서 이해되는 것이기 때문에 역사적 방법과 도그마틱적 방법론 사이에는 결정적인 차이는 없는 것이었고, 그 결과로 역사적 방법과 도그마틱적 방법론의 조화가 가능하게 되었다.<sup>93)</sup>

## (2) 법제도와 법체계의 중시

사비니의 ‘법학적 방법’은 ‘법제도’(Rechtsinstitut)와 그 법제도가 형성하는 ‘법체계’(Rechtssystem)를 핵심적 개념으로 하고 있다. 사비니의 법제도에 대한 이론은 법률관계와 법제도를 분리하고 법규와 법소재를 구분하여, 법제도와 ‘법개념’(Rechtsbegriff)을 법도그마틱의 기초로 삼는 것이다.<sup>94)</sup> 법제도와 법체계에 대하여 사비니는 ‘법학적 방법’에 입각하여 분석하였는데, 그에게 있어 법제도는 스스로는 법개념이 아니라, 객관적 법의 특정한 발현형태를 나타내는 체계적인 근본개념이다.<sup>95)</sup>

<sup>91)</sup> Savigny, Rezension: Hugo, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts, in: Vermischte Schriften, 1850, V, S.2.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.17.

<sup>92)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.19 참조.

<sup>93)</sup> Ebenda, S.23 참조.

<sup>94)</sup> Ebenda, S.56 참조.

사비니는 “제도는 특유한 법적 내용을 가지고 있으므로, 법학을 통하여 그것을 탐구하여야 한다.”<sup>96)</sup>고 강조하였다. 법규와 법제도, 법체계의 관계에 대하여 사비니는 “법제도로부터 법규(Rechtssatz)가 추상화를 통하여 추론”<sup>97)</sup>되고, ‘체계’는 모든 ‘법개념’과 ‘규율’(Regeln)이 내적으로 결합된 ‘법의 전체’를 의미하는 것으로 보았다.<sup>98)</sup> 그리고 법제도가 모여 체계를 형성하는 것으로 보았다.<sup>99)</sup> 따라서 사비니의 관점에서는 법제도로부터 생성되는 ‘개별 법규’를 이해하기 위해서는 먼저 ‘제도’를 이해하여야 하고, 그러한 제도를 이해하기 위해서는 다시 제도들의 결합인 ‘체계’의 맥락을 이해하여야 하고, 이러한 법제도와 법체계를 통하여서 모든 법적 문제들을 해결할 수 있다는 결론에 이르게 된다.<sup>100)</sup>

역사법학의 선구자인 사비니는 법에 대한 역사적 연구방법을 통하여 ‘과거의 법’에 대한 연구에만 집중한 것이 아니라, 오히려 역사적 연구방법으로부터 법의 ‘지도원리’를 발견하고 정확한 개념에 의한 체계적인 정리를 법학의 사명으로 인식<sup>101)</sup>하였다는 점에서, 그를 ‘법학적 방법’의 시작으로 평가할 수 있을 것이다. 사비니의 ‘법학적 방법’은 이후에 푸흐타를 통하여 게르버와 예링에게 계승되었다.<sup>102)</sup>

<sup>95)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.47 참조.

<sup>96)</sup> Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, I, 1840, S.352.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.52.

<sup>97)</sup> Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, I, 1840, S.11.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.52.

<sup>98)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.24 참조.

<sup>99)</sup> Ebenda, S.52 참조.

<sup>100)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.22 참조.

<sup>101)</sup> 오세혁, 『법철학사』, 2012, 세창출판사, 210면 참조.

<sup>102)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.330-331; Walter Wilhelm, a.a.O., S.53 등 참조.

## 2. 푸흐타: 개념법학

푸흐타는 1798년 독일 뉘른베르크(Nürnberg) 지역에서 출생하여 1846년에 사망하였다.<sup>103)</sup> 푸흐타는 이른바 ‘개념법학’(Begriffsjurisprudenz)의 대표자로 평가받고 있다.<sup>104)</sup> 푸흐타는 사비니의 ‘체계’ 개념으로부터 영향을 받았는데, 푸흐타의 방법론은 사비니의 방법론보다 훨씬 더 ‘법학적 방법’에 가깝다는 평가를 받고 있다.<sup>105)</sup>

푸흐타는 역사법학에서 출발하여 사비니의 ‘체계’ 개념에 영향을 받아, 체계를 중시하는 ‘개념법학’으로 나아가게 되었다. 푸흐타의 개념 중심의 방법론은 ‘법규’를 체계의 출발점으로 삼아, 법규를 그 법규를 구성하는 요소인 ‘개념’들로 나누고, 그 개념들을 결합하여 새로운 개념과 법원칙을 만들어내는 방법론이다.<sup>106)</sup> 푸흐타는 개념이 체계를 구성하는 것으로 보고, 체계 구성에 있어서는 규범이 근본적으로 의미하는 것을 체계가 결정한다는 의미의 ‘체계정당성’(Systemgerechtigkeit) 원리를 강조하였다.<sup>107)</sup> 그리고 이러한 체계 개념과 더불어 푸흐타는 ‘논리의 지배’(Vorherrschaft der Logik)를 강조하였는데, ‘체계’ 개념과 ‘논리의 지배’가 결합됨으로써, 법은 궁극적으로 그리고 완전하게 스스로를 설명할 수 있다는 결론에 이르게 된다.<sup>108)</sup><sup>109)</sup>

이러한 개념법학적 방법론은 추상적이고 형식적인 개념에만 집중하게 되

---

<sup>103)</sup> 최종고, 『법사상사』, 1992, 박영사, 190면 참조.

<sup>104)</sup> 김학태, “법학방법론의 역사적 발전과 법학교육의 미래”, 한국법철학회(이계일 역음), 『법학방법론』, 2017, 세창출판사, 413면 참조.

<sup>105)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.70 참조. 실제로 예링은 푸흐타에 대하여, “다른 어떤 학자보다도 ‘법학적 방법’의 확산에 기여했다.”고 평하였다고 한다.

<sup>106)</sup> 쿠르트 젤만(윤재왕 역), 『법철학』, 2010, 세창출판사, 83면 참조.

<sup>107)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.84 참조.

<sup>108)</sup> 개념법학은 체계의 최상위에 있는 추상적 개념들로부터 “보다 충만한 개념들을 순수하게 논리적으로 도출”할 수 있다고 한다. 아르투어 카우프만(김영환 역), 『법철학』, 2013, 나남, 92면 참조.

<sup>109)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.84 참조.



어 사회적 현실에서 멀어지게 되고, 특히 형식적인 개념의 법학 ‘내적’인 발전에만 치중하는 경우에는 실제로 입법의 원인이 되는 사회적 현실을 고려하지 않게 되는 문제점이 있다는 비판을 받는다.<sup>110)111)</sup>

## II. 민사법학의 방법론으로 ‘법학적 방법’의 성립

‘법학적 방법’은 푸흐타의 제자인 게르버와 예링을 통하여 민사법학의 방법론으로 완성되었다. 게르버와 예링의 방법론에 대하여 살펴본다.

### 1. 게르버

게르버는 1823년 독일의 슈바르츠부르크 - 존더하우젠(Schwarzburg-Sonderhausen) 지방에서 출생하여 1881년에 사망하였다.<sup>112)</sup> 그는 사비니와 푸흐타를 통하여 민사법학 분야에서 형성된 ‘법학적 방법’을 민사법학 분야에서 완성하고, 이를 공법 분야에 적용한 인물로 평가받고 있다. 게르버는 독일 민사법학과 국법학의 주요한 저작들을 발표하였는데, 특히 1848년 발간한 『독일민사법체계』(System des deutschen Privatrechts)와 1852년 발간한 『공법론』(Über Öffentliche Rechte)이 대표적인 저작이라고 할 수 있다.

게르버는 『독일민사법체계』에서, 견고한 체계를 세우는 것과 순수한 법적 요소를 논리적으로 분석하고 구성하는 것을 주장하였고.<sup>113)</sup> 특히 “민사법학의 도그마틱으로부터, 역사적 요소와, 특별히 국법적·정치적 요소를 완

<sup>110)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.330-331; Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.84 등 참조.

<sup>111)</sup> 이에 대하여 오늘날의 법학에 있어서 개념법학의 유용성을 재평가하여야 한다는 견해로는 양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 법철학연구, 제10권 제1호(2007), 233-258면 참조.

<sup>112)</sup> 게르버의 생애에 대하여는 최종고, 『법사상사』, 1992, 박영사, 223면 이하 참조.

<sup>113)</sup> Michael Stolleis, a.a.O., S.332 참조.

전히 분리할 것”<sup>114)</sup>을 강조하였다. 체계와 구성을 중시하는 게르버의 ‘법학적 방법’은 국법학으로 수용되어 독일 공법학의 방법론으로 자리 잡게 된다.<sup>115)</sup>

## 2. 예링

예링은 1818년 독일의 아우리히(Aurich)에서 출생하여 1892년에 사망하였는데, 개념법학을 비판하면서 실천적인 ‘목적법학’을 주창하였다.<sup>116)</sup> 예링은 후에 ‘법학적 방법’을 신랄하게 비판한 것으로 알려지고 있으나, 1850년대에 게르버와 함께 민사법학 분야에서 사비니로부터 이어져 온 ‘법학적 방법’에 따라 법적 구성과 논리를 중시하는 ‘법학적 방법’을 확립시켰고, 그것이 라반트에게 승계되었다는 점에서 ‘법학적 방법’의 흐름에 있는 학자로 볼 수 있을 것이다.<sup>117)</sup>

예링의 법학은 ‘법학적 방법’과 ‘구성주의’(Konstruktivismus)를 특징으로 한다.<sup>118)</sup> 예링은 ‘법의 법학적 구성’(juristische Konstruktion des Rechts)은 자신과 게르버가 법학 분야에 창시한 것이라고 설명하였다.<sup>119)</sup>

예링은 사비니의 법제도 개념을 이어받아 ‘법체’(juristischer Körper)라는 개념을 법학적인 방법으로 구성하였다. 즉, “법규는 실용적이고 명령적인 형

---

<sup>114)</sup> C.F. von Gerber, System des deutschen Privatrechts, 1848, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.24. 그밖에도 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.332; Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.127-128 등 참조.

<sup>115)</sup> 게르버의 ‘법학적 방법’이 독일 공법학에 미친 영향에 대하여는 본 절의 III. ‘법학적 방법’의 공법학에의 도입 부분에서 상술한다.

<sup>116)</sup> 김학태, “법학방법론의 역사적 발전과 법학교육의 미래”, 한국법철학회(이계일 위임), 『법학방법론』, 2017, 세창출판사, 414면; 최종고, 『법사상사』, 1992, 박영사, 213면 등 참조.

<sup>117)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.157 참조.

<sup>118)</sup> Michael Stolleis, a.a.O., S.331; Walter Wilhelm, a.a.O., S.90 등 참조.

<sup>119)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.90 참조.

태를 버리고 법제도의 요소와 성질로 형성되었는데, 그 법제도는 개별 법규들을 단순히 모아놓은 것에 지나는 것이 아니라, 존재와 생명을 가진 존재이고, 논리적 개체이고 법적 제도”<sup>120)</sup>라고 설명하면서, 이러한 제도에 단순한 ‘법적 소재’(Rechtsstoff)라는 표현 대신에 ‘법체’(juristischer Körper)라는 명칭을 부여하였다.<sup>121)</sup> 그는 자신의 ‘방법’을 가리켜 ‘자연적·역사적 방법’(naturhistorische Methode)이라고 하였지만 그것은 ‘법학적 방법’에 해당하는 것으로 평가되고 있다.<sup>122)</sup>

### Ⅲ. ‘법학적 방법’의 공법에의 도입

#### 1. 게르버: 민사법학의 ‘법학적 방법’을 공법에 적용

게르버는 1850년대에 이미 완성의 단계에 도달한 민사법학의 ‘법학적 방법’을 공법학 즉 당시의 국법학에 도입하여 공법학 분야에서 ‘법학적 방법’을 정립하고자 하였다.<sup>123)</sup> 게르버의 ‘법학적 방법’의 핵심개념은 개념, 제도, 체계, 구성 등이었다. 게르버는 자신의 ‘법학적 방법’을 공법학에 도입하였고, ‘법학적 방법’은 게르버를 통하여 공법의 방법론으로 전환되는 계기를 얻게 되었다. 게르버에 있어 법적인 것이 아닌 대상에 대한 묘사나 언급은 공법학의 임무가 아니었다.<sup>124)</sup> 게르버의 방법론은 법적 구성(juristische Konstruktion)과 법학으로부터 역사·철학 및 정치적 요소를 제거하는 것을 의미하는 — 좁은 의미의 — ‘법학적 방법’(juristische Methode)을 그 내용으

<sup>120)</sup> Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf d. verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 5. Aufl., 1891 ff., I, S.37.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.113.

<sup>121)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.113 참조.

<sup>122)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.331 참조.

<sup>123)</sup> Ebenda, S.331-332.; Walter Wilhelm, a.a.O., S.129 등 참조.

<sup>124)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.24 참조.

로 한다.<sup>125)</sup> 이하에서는 게르버의 ‘법학적 방법’의 특징을 1) 법적 구성, 2) 법학에서 역사·철학·정치적 요소의 제거로 나누어 구체적으로 살펴본다.

#### (1) 게르버의 ‘법학적 방법’의 요소 1 - 법적 구성

‘법학적 방법’은 역사적, 철학적 또는 정치적인 논거에 의하지 않고서도 법적 결정에 대한 근거를 제시할 수 있어야 한다는 것을 그 요건으로 한다.<sup>126)</sup> 게르버는 1852년 발간된 『공법론』(Über Öffentliche Rechte)에서 자신의 『독일민사법체계』(System des deutschen Privatrechts)를 인용하면서, “도그마틱으로부터 역사적인 요소를 철저히 분리할 것, 특별히 국법적인 것과 정치적인 것을 민사법으로부터 분리할 것”<sup>127)</sup>을 주장하였다. 게르버의 ‘법학적 방법’에 의하여 법규는 역사적, 철학적, 정치적 요소로부터 분리되어 그 내용이 비게 되고, 그러한 법규는 고유한 법학적 연구의 대상이 되었는데, 그것이 바로 ‘(법적) 구성’(Konstruktion)이다.<sup>128)</sup>

‘법적 구성’이란 ‘법학적 방법’에서 사용되는 방법론을 말하는 것인데, 게르버는 이것을 “공법학이 민사법으로부터 차용한 것”<sup>129)</sup>이라고 설명한다. 게

---

<sup>125)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.333 참조.

<sup>126)</sup> 계희열, “실증주의적 헌법학방법론 소고”, 안암법학, 제1권(1993), 32면 참조.

<sup>127)</sup> C.F. von Gerber, Über Öffentliche Rechte, 1852; das Zitat in seinem System des deutschen Privatrechts, 1848, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.24.; Hans-Joachim Koch, Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, 2. Aufl., 2015, S.61.

<sup>128)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.146 참조. 게르버의 ‘법적 구성’은 일반적인 법개념의 형성에 있어 목적, 기능, 역사적 조건들을 모두 도외시한다는 설명으로 계희열, 전제논문, 31면 참조.

<sup>129)</sup> C.F. von Gerber, Über Öffentliche Rechte, 1852, S.36.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.147.

르버는 법적 구성 개념을 통하여, 법규를 제도와 기본적 개념으로 구성하는 것, 제도의 법적 본성을 분석하는 것, 그리고 개념을 논리적으로 정리하여 법적 인식의 예술적인 체계로 만드는 것을 ‘보다 높은 수준의 법학’으로 인식한 것으로 이해되고 있다.<sup>130)</sup> 게르버의 법적 구성은 법을 정치·경제적 관계와 분리하는 것을 요구하는 것으로 설명된다.<sup>131)</sup>

## (2) 게르버의 ‘법학적 방법’의 요소 2 - 법학에서 역사·철학·정치적 요소의 제거

게르버는 법학의 분야에서 역사적·철학적·정치적 요소를 철저히 분리를 하여 법학적인 방법을 구축하는 것을 공법학 방법론의 목표로 삼았다.<sup>132)</sup> 게르버의 관점에서는 순수한 ‘법적 소재’에 대하여는 순수하게 ‘법적인 분석’이 필요한 것이었다.<sup>133)</sup> 순수한 법적 분석을 위해서, 법학에서 역사적·철학적 요소와 정치적 요소를 제거하는 것이 게르버의 방법론의 중심이 되었다.

### 1) 역사적·철학적 요소의 제거

게르버는 먼저 공법학에서 역사적 요소를 배제하려 하였다.<sup>134)</sup> 독일에서는 역사적으로 ‘가산국가’(Patrimonialstaat), 비헌법적인 군주국 등이 있었는데, 게르버 당시에는 국가는 이미 그러한 단계에 있지 않았고, 게르버가 연구의 대상으로 삼은 새로운 공법은 과거의 것들과는 완전히 다른 새로운 헌법국

---

<sup>130)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.148-149 참조.

<sup>131)</sup> Ebenda, S.102 참조.

<sup>132)</sup> Hans-Joachim Koch, Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, 2. Aufl., 2015, S.61-62; Walter Wilhelm, a.a.O., S.135 등 참조.

<sup>133)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.135.

<sup>134)</sup> C.F. von Gerber, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., 1880, S.V.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.135.

가의 형성과 관련되는 것이었기 때문이다.<sup>135)</sup>

게르버는 법에 대한 역사적 연구가 현대적 제도를 과거의 봉건국가 시대의 국법에 따른 여러 현상들과 연결시키려 하는 것이기 때문에 적합하지 않다고 보았다.<sup>136)</sup> 당시 국법의 근본적인 변화상황, 즉, 모든 국법학적 개념이 바뀌고 새로운 원리에 따라 결합되는 상황 속에서, 게르버는 그러한 근본적인 변화를 인식하는 것이 현대적 국법을 올바르게 구성하는 것에 있어 전제조건이 되는 것으로 인식하였다.<sup>137)</sup> 그래서 게르버는 스스로 국법 제도에 대한 역사적 연구를 하지 않았고, 그의 법체계 역시도 역사에 토대를 두고 있지 않은 것으로 평가되고 있다.<sup>138)</sup> 그래서 발터 빌헬름은 게르버의 시대에 독일 국법학의 역사적 연구가 단절을 맞게 되었다고 평가한다.<sup>139)</sup>

또한 게르버는 공법학에서 철학적 요소를 배제하려 하였다.<sup>140)</sup> 게르버의 공법학의 체계는 실질적으로 법학적인 본성을 가지고 있는 것들을 독립적으로 추출해내고 발전시키려는 것이었기 때문에, 법학적 본성과 무관한 법에 대한 철학적 배경에 대한 설명 등은 공법학과는 무관한 것이었고, 게르버를 통하여 공법학으로부터 사라지게 되었다.<sup>141)</sup> 그리고 공법학의 체계에서 철학적 요소가 배제된 것을 대신하여, 철학적인 고려의 자리는 법학으로부터 자유롭게 발전한 ‘일반이론’(allgemeine Rechtslehre)이 대체하게 되었다.<sup>142)</sup>

---

<sup>135)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.135-136 참조.

<sup>136)</sup> C.F. von Gerber, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., 1880, S.10.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.136.

<sup>137)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.136 참조.

<sup>138)</sup> Ebenda, S.137 참조.

<sup>139)</sup> Ebenda, S.137 참조.

<sup>140)</sup> C.F. von Gerber, Über Öffentliche Rechte, 1852, S.27.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.135.

<sup>141)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.138-139 참조.

<sup>142)</sup> Ebenda, S.139 참조.

## 2) 정치적 요소의 제거

게르버는 공법학에서 정치적 요소를 배제하는 것을 특히 중요시하였다. 법학으로부터 정치적 요소를 분리하는 것은 이미 1850년대의 주요 국법학자들의 주된 관심사였고, 게르버가 독창적으로 창안한 방법론은 아니었다.<sup>143)</sup> 그러나 법학으로부터 정치적 요소를 배제하는 것은 당시의 정치적 상황과 깊이 관련되어 있는 것이어서, 어느 한 순간에 쉽게 이루어진 것은 아니었다.

게르버가 주로 활동하던 1850년대는 독일의 1848년 혁명이 실패로 돌아간 직후의 시기로, 게르버의 표현에 따르면 “법의 시대가 아니라 정치의 시대”<sup>144)</sup>였다. 1850년부터 1860년대 사이에 독일에서는 자유주의 사상이 지배적이었는데, 자유주의사상의 실질적 지지자들인 시민 계급의 정치적 요구가 국법 체계와 국가 조직 내에 완벽하게 실현되지 않았던 시기였기 때문에, 공법학은 이에 대응하여 정치적 요소에 무관심할 수 없었다.<sup>145)</sup> 이 시기의 헌법은 ‘정치적 투쟁’으로 남아 있었고, 그래서 당시의 국법학은 실정법의 올바른 해석보다는 옳은 법의 실정법화에 더 관심을 갖게 되었으며, 그 결과로 당시의 ‘국가학적 방법’은 자연스럽게 역사적, 철학적, 정치적인 관계에서 법을 해석하는 것에 중점을 두게 되었다.<sup>146)</sup> 그 결과 법학으로부터 정치적 요

---

<sup>143)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.141 참조. 1850년대 이래 국법학자들은 실정 법률과 정치적 사상의 혼합 문제를 논의해왔는데, 자카리아(Zachariä), 모울(Mohl), 기예르케(Gierke), 게오르그 옐리네크(G. Jellinek) 등은 게르버·라반트와 원칙적으로는 같은 의견이었다고 한다. 다만, 이들 국법학자들 사이에서도 기본적으로 같은 의견이었음에도 불구하고 의견의 차이가 존재했는데, 자카리아를 제외하고는 정치적 사상을 전적으로 필요 없는 것이라고 하거나, 국법학으로부터 정치적 사상을 완전히 분리할 것을 주장하지는 않았다고 한다. 심지어 게르버·라반트와 학문적 성향이 가장 가깝다고 할 수 있는 게오르그 옐리네크마저도 “학문적 이론의 번영을 위하여서 정치적 요소가 매우 중요하다.”고 보았다고 한다. 이에 대한 설명은 Ebenda, S.141-142 참조.

<sup>144)</sup> C.F. von Gerber, Über Öffentliche Rechte, 1852, S.13.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.25.

<sup>145)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.142 참조.

소를 제거하는 것은 쉽게 이루어지지 못하였다. 이 시기의 공법학 연구는 그 나이스트(Gneist), 모울(Mohl), 기에르케(Gierke) 등이 주도하였는데, 프랑스 등 자유주의 혁명이 성공한 나라를 기준으로 하는 비교법학이나, 공법에 대한 정치적·역사적 연구방법이 주류를 이루었다.<sup>147)</sup>

이러한 상황 속에서 게르버는 법학에서 정치적 요소를 배제하려고 시도하였다.<sup>148)</sup> 그에게 있어 정치는 “그 자체로 목적(Zweck)이 되어서는 안 되고, 단지 법학을 보다 강하게 할 수 있도록 활용될 수 있는 소재(Material)여야”<sup>149)</sup> 하는 것이었다. 또한 정치적 상황은 학문적으로는 단지 ‘사실’에 불과하고, “결국에는 법규 내에서 구체화되는 자연적 요소에 불과한 것”<sup>150)</sup>이었다.

법학으로부터 정치적 요소를 배제하는 방법론은 1870년대에 들어서야 힘

<sup>146)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.23-24 참조.

<sup>147)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.142 참조.

<sup>148)</sup> C.F. von Gerber, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., 1880, S.237.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.135. 게르버가 1852년에 발간된 ‘국법학’에서 정치에 대하여 부정적으로 언급한 것도 사실은 당시의 정치적 상황에 비추어 비정치적인 태도가 아닌, ‘반자유주의적’ 정치적 사고의 표출이었다고 설명하는 견해도 있다. 동 견해에 따르면, 국법학 연구에 있어서 연구방법을 비정치적인 것으로 결정하더라도 그 자체로 정치적 결정이 될 수도 있으며, 국가에 대한 ‘순수법학적’ 이해는 사실은 당시의 지배적인 정치적 사고인 ‘자유주의’에 반대하는 명확한 정치적 성향, 즉 ‘반자유주의적’(antiliberal) 정치성향을 표현하는 것이 된다고 한다. 이에 대한 설명은 Walter Wilhelm, a.a.O., S.145 참조.

<sup>149)</sup> C.F. von Gerber, Über Öffentliche Rechte, 1852, S.28.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.145.

<sup>150)</sup> C.F. von Gerber, Über deutschem Recht und deutschen Rechtswissenschaft überhaupt, in: Gesammelte jur. Abhandlungen, 1872, S.465.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.145-146.



을 얻게 되었는데, 당시의 정치적 상황에서 두 가지 요소가 법학으로부터 정치적 요소의 분리에 기여한 것으로 평가되고 있다.<sup>151)</sup>

첫째는 1871년 비스마르크 제국의 성립이다. 비스마르크 제국의 성립으로, 독일의 시민계급은 새로이 성립된 제국 내에서 의회를 통하여 국가 조직 내부로 자신들의 정치적 요구를 반영할 수 있는 기회를 얻게 되었다. 시민계급이 비스마르크 제국에 대한 정치적 지지자가 되었기 때문에, 자연스럽게 공법학에서 정치적 요소에 대한 관심이 줄어들게 되었다는 것이다.<sup>152)</sup>

둘째로, 독일제국의 성립 이후에 시민계급의 이익에 반하는 반자유주의적이고 보수적인 정책들이 다수 채택되고 제국 내의 정치적 상황이 시민 계급에게 불리하게 변화하게 되는 상황적 요인이다.<sup>153)</sup> 그러한 정치적 상황의 결과로 시민계급은 정치로부터 멀어지게 되었고 국가에 대한 이론적 흥미를 잃게 되었으며, 이러한 비정치적인 상황이 형성됨으로써 공법학의 연구에 있어서 ‘비정치적’이고 ‘형식적’인 법학적 연구의 성공을 위한 여건이 조성된 것으로 설명된다.<sup>154)</sup> 이 시기에 라반트의 『독일제국 국법학』(Das Staatsrecht des Deutschen Reiches)의 발간을 비롯하여 비정치적·형식주의적 공법학 연구가 확대되었다.<sup>155)</sup>

## 2. ‘법학적 방법’의 국법학·행정법학에의 도입

게르버의 ‘법학적 방법’은 국법학 분야에서는 당시 국법학계의 리더의 지위에 있었으며 게르버의 ‘정신적 유언집행자’로 불리는 라반트<sup>156)</sup>를 통하여, 행정법학 분야에서는 당시 행정법학계의 리더의 지위에 있었던 오토 마이

---

<sup>151)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.143-144 참조.

<sup>152)</sup> Ebenda, S.143 참조.

<sup>153)</sup> Ebenda, S.144 참조.

<sup>154)</sup> Ebenda, S.144 참조.

<sup>155)</sup> Ebenda, S.144 참조.

<sup>156)</sup> 계희열, “실증주의적 헌법학방법론 소고”, 안암법학, 제1권(1993), 32면 참조.

어<sup>157)</sup>를 통하여 도입되었다.<sup>158)</sup> 다만, 당시 독일의 국가적 현실상황의 영향으로, ‘법학적 방법’의 도입 과정은 국법학과 행정법학에서 서로 다른 모습으로 나타나게 되었다.

#### (1) 라반트: 국법학에의 도입

##### 1) 제국헌법의 제정으로 인한 법실증주의적 경향

국법학 분야에서는 제국헌법의 원문 규정을 따라 그것을 해석하고 개념적·체계적으로 발전시키는 방향으로 게르버의 ‘법학적 방법’이 도입되고 발전되었는데, 그러한 작업은 라반트에 의하여 진행된 것이다.<sup>159)</sup> 독일에서는 1871년에 ‘제국헌법’(Reichsverfassung)<sup>160)</sup>이 제정·시행되었는데, 당시 라반트가 그 주석 작업을 맡게 되었다.<sup>161)</sup> 그러한 과정에서 라반트에 의하여 승계된 게르버의 ‘법학적 방법’과 법실증주의 사상이 크게 발전할 수 있게 되

---

<sup>157)</sup> 플리츠 플라이너는 행정법학 분야에서 ‘법학적 방법’의 창시자로 프란츠 마이어(F.F. Mayer)를 소개하고 있다. Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.44 참조. 프란츠 마이어는 1862년에 『행정법의 원리』(Grundsätze des Verwaltungsrechts)를 출간하였는데, 그는 엄격한 ‘법학적 방법’을 통하여 독일 내의 여러 란트들의 법에 대한 비교법적 연구를 실행한 것으로 평가되고 있다. 그의 연구는 ‘개별 제도’와 ‘최고의 지도 원리인 총론’과의 연결을 시도하였다는 점에 특징이 있다고 평가받고 있다. 프란츠 마이어의 ‘법학적 방법’에 대하여는 Toshiyuki Ishikawa, Friedrich Franz von Mayer, 1992, S.118 참조.

<sup>158)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.25 참조. 게르버의 ‘법학적 방법’이 라반트와 오토 마이어를 통하여 각각 국법학과 행정법학으로 승계되는 과정에 대한 설명은 Ebenda, S.25-28 참조.

<sup>159)</sup> Ebenda, S.26 참조.

<sup>160)</sup> ‘비스마르크 헌법’으로도 불린다.

<sup>161)</sup> 계희열, 『헌법학(상)』, 2004, 박영사, 18면. 여기서는 라반트의 독일제국 헌법에 대한 주석 작업이 게르버로부터 계승된 실증주의적 사상에 의한 것이고 이러한 주석 작업을 계기로 하여 ‘실증주의적 헌법학’이 독일에서 대성하게 되었다고 설명한다.

었다.

라반트는 1876년에 출간한 자신의 『독일제국 국법』(Das Staatsrecht des Deutschen Reiches)의 서문에서, 새로 만들어진 실정 헌법을 분석하고, 실정 헌법을 통하여 형성된 공법 관계의 법적 본성을 결정하고, 더 일반적인 개념을 발견하는 것이 중요하다는 점을 강조하였다.<sup>162)</sup>

“헌법은 더 이상 분쟁 당사자의 다툼의 대상이 아니라, 모든 참여자들의 공통의 기반이 되었다.”<sup>163)</sup>

“이제는 새로 만들어진 공법 관계를 분석하는 것, 새로 만들어진 공법 관계의 법적 본성을 결정하는 것, 그리고 더 일반적인 개념을 발견하는 것이 중요하다.”<sup>164)</sup>

## 2) ‘법학적 방법’의 확립

다음으로, 라반트는 게르버로부터 승계한 ‘법학적 방법’에 따라, 개념과 법제도, 그리고 법적 구성을 중시하고, 국법학으로부터 역사적·철학적·정치적 요소를 철저하게 분리하고자 하였다.<sup>165)</sup> 라반트는 『독일제국 국법』(Das Staatsrecht des Deutschen Reiches) 제2판의 서문에서 다음과 같이 ‘법학적 방법’에 따라 ‘법제도’를 구성하고, 역사적·정치적·철학적 요소들에 대한

---

<sup>162)</sup> Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 1876, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.26.

<sup>163)</sup> Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 1876, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.26.

<sup>164)</sup> Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 1876, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.26.

<sup>165)</sup> 계희열, 『헌법학(상)』, 2004, 박영사, 19면; Dieter Grimm, a.a.O., S.27 등 참조. 다만, Dieter Grimm은 라반트가 역사와 경제(학)와 정치, 그리고 철학이 법의 인식을 위하여 가지는 가치를 부인한 것은 아니라고 설명한다.

고려를 법학에서 제외할 것을 주장하였다.

“존재하는 실정 법률의 도그마틱의 학문적 임무는 개별 법규들을 일반적인 개념으로 변환하여 법제도를 구성하는 것에 있고, 다른 한편으로는 이러한 개념으로부터 발생하는 결과를 도출하는 것에 있다. 이러한 임무를 수행하기 위하여 논리(학) 이외에는 다른 방법이 없고 다른 것으로 대체될 수 없다; 모든 역사적, 정치적, 철학적 고려들은 그것이 아무리 스스로 가치 있는 것이라고 해도, 구체적인 법적 소재에 관한 도그마틱에 있어서는 아무런 의미가 없다.”<sup>166)</sup>

## (2) 오토 마이어: 행정법학에의 도입

‘법학적 방법’은 게르버와 라반트를 통하여 오토 마이어에게 승계됨으로써 행정법학에도 도입되었다. 오토 마이어의 ‘법학적 방법’에 대하여는 뒤에서 상세히 살펴보게 되므로, 여기에서는 간략하게 언급한다.

### 1) 국법학과의 도입 과정의 차이점

국법학에서는 라반트에 의하여 실정 헌법인 제국헌법의 해석을 통하여 ‘법학적 방법’이 승계되었다면, ‘법학적 방법’의 행정법학에의 승계는 전혀 다른 모습으로 나타난다. 즉, 당시 행정법 영역에는 어떠한 통일성이나 체계를 갖춘 법률이 존재하지 않았고, 국가 행정의 여러 분야에서 각 분야의 필요에 따라 만든 실정 법률들이 아무런 연결성 없이 산발적으로 존재하고 있는 상황이었다고 한다.<sup>167)</sup> 당시의 상황을 오토 마이어는 그의 『독일행정법』 제1판의 서문에서 다음과 같이 설명하고 있다.

---

<sup>166)</sup> Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 2. Aufl., 1887, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.27.

<sup>167)</sup> Dieter Grimm, a.a.O., S.26 참조.

“여러 개의 란트들의 법률들이 다양했고, 그 법률들은 서로 다른 범위에서 서로 다른 영향을 미치고 있었다.”<sup>168)</sup>

“혁명<sup>169)</sup>의 영향으로 새로운 법률들이 나타나고 있다.”<sup>170)</sup>

이와 같이 새로운 법률들이 산발적으로 제정되는 상황에서, 오토 마이어는 ‘법치국가’라는 기본사상에서 출발하여 ‘행정법 총론’을 구성해내고, 이를 통하여 여기저기 흩어져 있는 법적 소재들을 정리하여 하나의 ‘체계’를 만들어 내었다는 평가를 받고 있다.<sup>171)</sup> 국법학에서 실정 헌법에 대한 주석 작업을 통하여 ‘법학적 방법’이 도입되었다면, 행정법학에서는 흩어져 있는 여러 법률들을 하나의 관점에서 설명할 수 있는 법체계를 확립하는 과정에서 ‘법학적 방법’에 따른 행정법학의 체계화가 진행된 것이라고 할 수 있다. 오토 마이어의 표현에 따르면, 이러한 작업은 “공통적이고 큰 관점에 따라, 전체를 통일성 있게 구성한 것”<sup>172)</sup>이었다.

## 2) ‘법학적 방법’의 확립

오토 마이어는 『독일행정법』 제1판의 서문에서, 전체로서의 이론적 체계의 문제와, 행정법 각론 분야의 정리에 대한 문제, 그리고 용어(Terminologie)와 개념(Begriff)을 특히 강조하였다. 그는 첫 번째 문제에 대

---

<sup>168)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>169)</sup> 시기적으로 독일의 1848년 혁명을 의미하는 것으로 보인다. 독일에서는 1848년 혁명으로 인한 자유주의 열풍이 한편으로는 경제학에 대한 연구로, 다른 한편으로는 법치주의의 확립을 추구하는 방향으로 표출되었다고 한다. 그 결과 독일에서는 다수의 실정 법률이 제정되었다. 이에 대하여는 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.381 참조.

<sup>170)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>171)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.26 참조.

<sup>172)</sup> Otto Mayer, a.a.O., Vorwort.

하여는 ‘잘 정돈된 이론’(wohlgefestigte Lehre)으로서 프랑스 행정법을, 두 번째 문제에 대하여는 민사법학의 ‘법제도’(Rechtsinstitut) 개념을 통한 공법적 제도로의 인식을, 세 번째 문제에 대하여는 민사 법학의 개념 활용을 통한 해결을 대안으로 제시하였다.

오토 마이어는 자신의 방법론을 스스로 ‘법학적’(juristisch)인 방법이라고 인식하였다. 그는 자신의 체계를 법학적인 것으로 인식한 반면, 국가학적 행정학의 체계는 법학적인 것이 아니라고 평가하였다.

또한, 오토 마이어는 엄격한 체계를 요구하는 것을 독일 법학의 고유한 성격으로 설명하고<sup>173)</sup>, 행정법학의 임무를 여러 란트의 법으로 흩어져있는 “개별 행정법의 법제도들의 체계를 설명하는 것”<sup>174)</sup>이라고 하여, 체계를 중시하는 사비니 이래의 ‘법학적 방법’의 전통을 계승하고 있다. 오토 마이어는 ‘법학적 방법’을 통하여 일반개념, 전체적인 관점, 그리고 전체적인 구조를 만들어 내었고, 그 결과로 행정법학 분야에서 ‘법학적 방법’이 19세기말 경 전성기를 누리고 있었던 ‘국가학적 방법’을 대체하는 방법론으로 자리 잡게 된 것으로 평가받고 있다.<sup>175)</sup>

### 제3절 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 생애와 사상적 기초

로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어는 모두 19세기 독일 지역을 중심으로 활동하였다. 다만, 두 사람의 활동 시기는 30년 정도의 차이가 있다. 로렌츠 폰 슈타인이 주로 활동하던 시기는 1850년대 이후 독일 지역의 정치적 혼란기였다면, 오토 마이어가 주로 활동하던 시기는 1890년대 독일의 정치적 안정기에 해당한다는 차이점이 있다. 활동의 주된 무대가 된 장소를 보면, 로렌츠 폰 슈타인은 독일 제국에서 제외된 오스트리아 지역의 빈 대학에서, 오

<sup>173)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18 참조.

<sup>174)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>175)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.19 참조.

토 마이어는 독일 제국의 슈트라스부르크 대학과 라이프치히 대학에서 주로 활동하였다. 두 사람의 학문세계를 이해하기 위해 두 사람의 생애를 간략하게 살펴본다.

## I. 로렌츠 폰 슈타인의 생애(1815-1890)

로렌츠 폰 슈타인은 1815년에 독일 북부 홀슈타인(Holstein) 지방의 에케른피르데(Eckernförde)에서 출생하였다. 그는 구체제의 시대에서 산업사회로의 변환기에 활동한 인물로, “독일 관방학의 마지막 위대한 저자”<sup>176)</sup>로 불리기도 한다. 그는 법학, 사회학, 역사학, 정치학, 경제학, 재정학 등 다양한 학문분야에 관심을 가지고 연구하였으며, 일생에 걸쳐 모두 206권의 저서와 논문을 발표하였다.<sup>177)</sup>

로렌츠 폰 슈타인의 생애는 크게 다섯 단계로 살펴볼 수 있다.<sup>178)</sup> 첫 단계는 학생 시기(1815-1835)이다. 그는 유·소년기에는 홀슈타인 지역의 Christians Pflegehaus(1821-1832)와 Flensburger Lateinschule(1832-1835) 등에서 수학하였다.<sup>179)</sup> 다음 단계는 대학생 시기(1835-1840)인데, 이 시기에 그는 킬(Kiel) 대학과 예나(Jena) 대학에서 법학과 철학을 공부하였으며, 1839년에 법률가(Jurist) 시험을 통과하고, 1840년에는 법학 박사학위를 취득하였다.<sup>180)</sup>

세 번째 단계는 학문적 제1기(1841-1848)에 해당한다.<sup>181)</sup> 1841년에서 1842

---

<sup>176)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2137.

<sup>177)</sup> 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보, 제29권 제4호(1995), 1403면 참조.

<sup>178)</sup> 로렌츠 폰 슈타인의 생애에 대하여는 Schliesky/Schlürmann, Lorenz von Stein, 2015, S.9-86; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.388-393 등 참조.

<sup>179)</sup> Schliesky/Schlürmann, Lorenz von Stein, 2015, S.11-17 참조.

<sup>180)</sup> 이 시기에 대한 설명은 주로 Ebenda, S.18-30 참조.

<sup>181)</sup> 이 시기에 대한 설명은 주로 Schliesky/Schlürmann, Lorenz von Stein, 2015, S.31-49 참조.

년까지는 프랑스 여행을 통하여 격변기의 프랑스의 사회현실을 직접 체험하게 되었다. 1843년부터 독일 킬(Kiel) 대학교에서 강의를 시작하였고 1845년에 정치학 교수로 임명되었다. 1842년에는 『프랑스 사회주의와 공산주의』(Der Sozialismus und Kommunismus des heutigen Frankreich)를 발표하였고, 1850년에 이를 보완하여 『1789년부터 현재까지의 프랑스 사회운동의 역사』(Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage)를 발표하였다. 이러한 사회학 연구를 통하여 슈타인은 “가장 위대한 사회학자 중의 하나”<sup>182)</sup>로, 또는 “독일 최초의 사회주의자가 아닌 사회학자”<sup>183)</sup>로 평가받게 되었다.

네 번째 단계는 현실 정치가로서의 시기(1848-1854)이다.<sup>184)</sup> 그는 정치적으로 ‘대독일(Großdeutsch)’ 방안을 지지하는 입장<sup>185)</sup>에서 활동하였으며, 독일 민족주의 운동에서 가장 중요한 민족주의자로 평가받고 있다.<sup>186)</sup> 1849년에는 주 의회 의원으로 선출되어 활동하기도 하였다. 1848년의 혁명이 실패로 끝난 후 로렌츠 폰 슈타인은 킬 대학교에서 해직되었고, 그 후 빈(Wien) 대학에 부임하게 되는 1855년까지는 저술가로 활동하게 된다.

다섯 번째 단계는 학문적 제2기(1855-1890)로, 빈 대학에 재직하면서 본격적으로 학문 활동을 한 시기이다.<sup>187)</sup> 그는 1860년부터 저술활동을 시작하여

<sup>182)</sup> Kaethe Mengelberg, Lorenz von Stein and his Contribution to Historical Sociology, Journal of the History of Ideas, Vol. 22, No. 2(Apr.-Jun., 1961), p.268.

<sup>183)</sup> Ibid., p.268.

<sup>184)</sup> 이 시기에 대한 설명은 주로 Schliesky/Schlürmann, a.a.O., S.50-76 참조.

<sup>185)</sup> 1848년 3월 혁명을 계기로 소집된 ‘프랑크푸르트 국민회의’에서는 독일의 민족주의 운동의 방향에 대하여 ‘대독일(Großdeutsch)’ 해결방안과 ‘소독일’ 해결방안이 대립하였다. ‘대독일’ 해결방안은 오스트리아를 포함하는 독일의 모든 지역을 하나의 민족국가로 인식하는 것이었고, ‘소독일’(Kleindeutsch) 해결방안은 오스트리아를 제외하고 프로이센 중심으로 하나의 민족국가를 형성하자는 운동이었다. 하겐 술체(반성완 역), 『새로 쓴 독일역사』, 2014, 지와 사랑, 138면 참조.

<sup>186)</sup> 제바스티안 하프너(안인희 역), 『비스마르크에서 히틀러까지 - 독일제국의 몰락』, 2016, 돌베개, 27면 참조.



1865년에 『행정학』(Die Verwaltungslehre)을, 1870년에 『행정학과 행정법 편람』(Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts)을 발간하였다. 그는 1885년에는 『재정학』(Lehrbuch der Finanzwissenschaft)을 저술하였는데, 이를 통하여 “독일에서 어느 누구도 로렌츠 폰 슈타인보다 공공경제학을 잘 다루지 못한다.”<sup>188)</sup>는 평가를 받았다. 현재도 그는 아돌프 바그너(A. Wagner), 알베르트 셰플레(A. Schäffle)와 함께 독일 재정학의 3성(星)으로 평가받고 있다.<sup>189)</sup>

로렌츠 폰 슈타인의 학문적 특징을 살펴보면, 그의 학문 분야는 사회학, 국가학, 법학, 재정학, 역사학 등을 포괄하는 종합적인 성격을 가지고 있었고, 이러한 그의 다양한 학문적 관심과 연구는 체계적이고 종합적인 행정학 연구로 이어지게 되었다.<sup>190)</sup> 그러나 한편으로, 종합적인 연구방법은 그를 “19세기의 학자 중에 가장 흥미로운 사람 중 하나이지만, 다양한 분야에 대한 종합적인 연구로 인하여, 당시 유럽의 학풍을 양분하였던 관념주의적·형이상학적 경향과 현실주의적·실증주의적 경향 중 어느 쪽에 해당하는지조차 판단하기 어렵다.”<sup>191)</sup>는 평가를 받도록 하고 있다.

---

187) 이 시기의 독일에서는 1866년 프로이센-오스트리아 전쟁에서 프로이센이 승리함으로써 ‘소게르만주의’에 의한 통일이 추진되면서 1867년 ‘북독일연방’이 조직되었으며 1871년 프로이센 중심의 독일제국이 성립되었다. 이 과정에서 오스트리아는 배제되었고, 오스트리아에서는 1867년에 오스트리아-헝가리 연합국인 오스트리아제국이 성립되었다. 조좌호, 『세계문화사』, 1994, 박영사, 469-476면 참조.

188) Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), pp.145-193(p.153).

189) Ibid., p.152 참조.

190) Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2137 참조.

191) Felix Gilbert, From Political to Social History: Lorenz von Stein and the Revolution of 1848, Harvard University Press, 1977, pp.411-412. Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2137에서 재인용.

## II. 오토 마이어의 생애 (1846-1924)

“근대적인 독일 행정법학 방법론의 실제의 창시자이자 거장”<sup>192)</sup>으로 평가되는 오토 마이어는 1846년 독일 남부 지역의 뤼르트(Fürth)에서 출생하였다.<sup>193)</sup> 그는 독일의 법학자이자 변호사로, 행정법뿐만 아니라 헌법, 법철학, 교회법, 국제법 등에 대하여 연구한 학자였다.<sup>194)</sup> 그의 생애는 성장기, 실무기, 학문기의 단계로 설명되고 있다.<sup>195)</sup>

오토 마이어는 에를랑겐(Erlangen), 하이델베르크(Heidelberg), 그리고 베를린(Berlin) 대학에서 법학을 공부하였고, 1869년에 에를랑겐 대학에서 법학박사 학위를 받았으며 1871년에 법률가 시험을 통과하였다.<sup>196)</sup> 1871년부터 1880년까지는 주로 변호사로 활동하였는데, 이 시기를 성장기와 실무기에 해당하는 것으로 설명된다.

다음으로, 오토 마이어가 35세가 된 1881년부터는 학문의 시기를 보내게 된다.<sup>197)</sup> 그는 1881년에 슈트라스부르크 대학에서 교수자격을 취득한 후 강

---

<sup>192)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.404. 이것은 포르스트호프의 평가이기도 하다. Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., 1958, S.49 참조.

<sup>193)</sup> 오토 마이어의 생애에 대하여는 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 1-48면 참조. 오토 마이어의 저작에 대하여는 Alfons Hueber, Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982, S.165-186 참조.

<sup>194)</sup> 박정훈, 전제논문, 14면 참조.

<sup>195)</sup> 박정훈, 전제논문, 3-17면 참조.

<sup>196)</sup> 박정훈, 전제논문, 3-4면 참조.

<sup>197)</sup> 오토 마이어가 학문기를 보낸 시기의 독일은 1871년 독일제국의 성립 이후에, 비스마르크가 1890년에 퇴임하기까지는 정치적으로 ‘억압과 불만의 시대’로 평가되고 있고, 비스마르크 퇴임 이후 제1차 세계대전이 발생하기까지의 시기인 빌헬름 2세 시대(1891-1914년)는 정치적 긴장이 완화되고 장래의 민주화의 기초가 되는 대중정치화가 이루어졌으며, 여러 정당들이 의회 내에서 중요한 역할을 수행하였다고 한다. 그 결과로 당시 의회는 새로운 법률안을 계속 통과시킬 수 있었으며 이른바 ‘위대한 법전 편찬의 시대’를 가져올 수 있었다고 평가받고 있다. 이에 대하여는 제바스티안 하프너(안인

사로 임용되었다.<sup>198)</sup> 1882년에는 동 대학 조교수로 임용되면서 행정법 연구를 본격적으로 시작하게 되었고, 1886년에 자신의 대표 저서 중 하나인 『프랑스행정법의 이론』 (Theorie des Französischen Verwaltungsrechts)을 출간하였다.<sup>199)</sup> 곧이어 1895년부터 1896년에 걸쳐, 자신의 대표 저서인 『독일 행정법』 (Deutsches Verwaltungsrecht) 제1판을 발간하였다.<sup>200)</sup>

1903년을 기점으로 오토 마이어의 학자로서의 활동기는 새로운 시기를 맞게 된다. 그는 1902년부터 1903년 사이에 슈트라스부르크 대학의 총장으로 재직한 후, 1903년부터 라이프치히 대학의 교수로 학교를 옮겨 근무하게 되었다.<sup>201)</sup> 학문의 제2기에 해당하는 이 시기에는 1903년 『독일행정법』 (Deutsches Verwaltungsrecht)의 프랑스어 번역판의 프랑스 출간 및 1914년 『독일행정법』 (Deutsches Verwaltungsrecht) 제2판의 발간 등 활발한 저술활동을 하였다.<sup>202)</sup> 1918년에 정년퇴임한 후, 1923년부터 1924년 사이에 『독일행정법』 (Deutsches Verwaltungsrecht) 제3판을 발간하였다.<sup>203)</sup>

오토 마이어는 활동 당시 독일 행정법학계의 대표적인 학자로 평가받았고, 행정법학계를 대표하여 국법학자인 라반트와 함께 독일 공법학 학술지 *Archiv für Öffentliches Recht*의 편집대표를 맡기도 하였다. 오토 마이어는 법치국가라는 지도이념 아래, ‘법학적 방법’을 통하여 행정법학을 종래의 국가학으로부터 독립된 학문으로 그 독자성을 확보하도록 하였다는 점에서 높

---

희 역), 『비스마르크에서 히틀러까지 - 독일제국의 몰락』, 2016, 돌베개, 85-88면 참조.

198) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 9-10면 참조.

199) 박정훈, 전계논문, 11면 참조.

200) 박정훈, 전계논문, 12면 참조.

201) 박정훈, 전계논문, 13면 참조.

202) 박정훈, 전계논문, 14면 참조.

203) 오토 마이어가 『독일행정법』 제3판을 발간한 시기는 독일의 바이마르 공화국 시대이다. 1919년 8월에 바이마르 공화국 헌법이 공포됨으로써 바이마르 공화국이 성립되었다. 1차 세계대전 이후 독일은 절대주의적인 관료주의 국가에서 의회민주주의 국가로 변모하게 되었다. 하겐 술체(반성완 역), 『새로 쓴 독일역사』, 2014, 지와 사랑, 215면 참조.

은 평가를 받고 있다.<sup>204)</sup>

### Ⅲ. 공통의 사상적 기초: 헤겔의 국가사상

로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어는 모두 자신들의 법체계의 기초를 이루는 개념인 ‘국가’에 대하여, 헤겔 철학의 영향을 크게 받은 것으로 평가되고 있다.<sup>205)</sup> 국가에 대한 이해는 국가의 ‘행정’과 그에 대한 법인 ‘행정법’, 그리고 행정법의 학문인 ‘행정법학’의 기초가 되는 것이므로, 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 행정법학을 이해하기 위해서는 먼저 헤겔의 국가에 대한 사상을 살펴볼 필요가 있다고 할 것이다.<sup>206)</sup>

헤겔(1770-1831)의 국가사상은 그의 『법철학』 (Philosophie des Rechts)을 통하여 어느 정도 파악할 수 있다. 헤겔의 국가사상의 핵심은 그가 국가를 하나의 윤리적 이상과 인간자유 의 최상의 표현으로 이해하면서, 국가와 시민

---

204) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 35면 참조.

205) 로렌츠 폰 슈타인에 대하여는, 국순옥(김도균 역), “헤겔과 슈타인에 있어서 독일 관념론 국가사상”, 민주법학, 제55호(2014.7), 200면; 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보 제29권 제4호(1995), 1404면; Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2137 등 참조. 오토 마이어에 대하여는, 박정훈, 전제 논문, 17면; Alfons Hueber, Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982, S.161; Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S.57-58 등 참조. 특히, Alfons Hueber는 “오토 마이어가 헤겔의 전통에 속해 있다는 점은 반복적으로 주장되었다”고 하면서, “헤겔의 법철학이 국가의 법적 절대성으로 나타나는 오토 마이어의 국가사상의 원인이 되었다.”고 설명한다. Alfons Hueber, a.a.O., S.161 참조.

206) 독일 등 서구에서는 “로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 국가에 대한 생각은 헤겔철학을 기초로 하고 있다.”는 한 마디 설명으로도 그들의 국가사상에 대한 대강의 내용을 곧바로 파악할 수 있지만, 헤겔 철학에 친숙하지 않은 우리나라의 입장에서는 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 국가사상에 대한 보다 원활한 이해를 위해서는 헤겔 철학의 대강을 살펴보는 것이 의미가 있다고 할 것이다.

사회를 명확하게 구별하고 있다는 점에 있다.<sup>207)</sup> 이하에서는 헤겔의 ‘국가’를 살펴보는데, 그가 『법철학』에서 논한 이성(理性)의 발전단계에 따라서 ‘시민사회’에 대한 논의를 먼저 살펴보고, ‘국가’에 대하여 살펴본 후, 국가의 ‘행정’에 대한 헤겔의 인식을 살펴본다.<sup>208)</sup>

## 1. 헤겔의 ‘시민사회’

헤겔에게 있어 국가와 시민사회(bürgerliche Gesellschaft)는 상호 의존적인 관계이지만, 국가는 수단이 아니라 ‘목적’이라는 점에서 시민사회의 상위에 있는 것이다.<sup>209)</sup> 헤겔은 시민사회를 인간적인 목적을 실현하기 위한 ‘욕구의 체계’(System der Bedürfnisse)로 보고 있다.<sup>210)</sup> 시민사회는 “스스로가 특수한 인격으로서 저마다의 목적을 안고 있는 구체적인 인격이 욕구의 전체를 부동켜안고 자연의 필연성과 자의로 엉켜있는 나날을 살아가는 것”<sup>211)</sup>이라고 한다. 이러한 욕구의 실현체계는 공동성에 의한 제약으로 인하여, ‘전면적인 상호의존 체계’(System allseitiger Abhängigkeit)가 성립되는데, 그것이 바로 시민사회라는 것이다.<sup>212)</sup>

‘법’은 이러한 시민사회에서 성립되고, 개인의 생명·재산·인격의 보호를 위한 사법작용(Rechtspflege), 법질서 유지를 위한 경찰작용 등은 모두 원칙적으로 시민사회의 영역에 속하는 기능이 된다.<sup>213)</sup> 그러나 시민사회에서 사

---

207) 앤드류 헤이우드(조현수 역), 『정치학』, 2004, 성균관대학교출판부, 173면 참조.

208) 이하의 헤겔의 사상에 대한 내용은 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사를 주로 참조하였다.

209) 조지 세이빈·토머스 솔슨(성유보·차남희 역), 『정치사상사 2』, 2003, 한길사, 960면 참조.

210) 헤겔(임석진 역), 전계서, 365면; 국순옥(김도균 역), “헤겔과 슈타인에 있어서 독일 관념론 국가사상”, 민주법학, 제55호(2014.7), 181면 등 참조.

211) 헤겔(임석진 역), 전계서, 355면.

212) 헤겔(임석진 역), 전계서, 357면 참조.

213) 헤겔(임석진 역), 전계서, 387, 419면 참조.

법작용을 통하여서는 개인의 생명·재산·인격의 침해를 제거할 수 있을 뿐이고, ‘개인의 생계와 복지의 확보’라는 목적을 달성하기에는 부족한데, 이러한 목적이 권리와 법으로서 실현되기 위해서는 ‘사회정책’이 필요하게 되고, 그러한 사회정책의 중추를 이루는 것이 경찰, 경제정책, 사회정책 등이다.<sup>214)</sup>

헤겔의 시민사회는 ‘욕구의 체계’로서 그 안에 내재된 모순이 있지만, 그러한 시민사회의 모순은 헤겔의 입장에서는 윤리의 구현체인 ‘국가’를 통하여 해결될 수 있는 것이다.<sup>215)</sup> 이어서 헤겔의 ‘국가’에 대하여 살펴본다.

## 2. 헤겔의 ‘국가’

헤겔에 있어서 ‘국가’는 그 자체가 ‘인륜적인 전체’이며, ‘이성(理性)의 절대적인 목적인 자유의 실현형태’이다.<sup>216)</sup> 헤겔은 국가를 “인륜적 정신이 명명백백하고 명석한 실체적 의지로 나타나고 스스로를 사유하고 인식하며 그 자신을 성취하는 인륜적 이념의 현실체”<sup>217)</sup>라고 한다. 국가는 “실체적 의지가 현실성을 갖춘 존재로서, 절대적으로 이성적인 것”<sup>218)</sup>이다. 헤겔에 따르면, 국가는 “자유를 최고도로 신장시킨 절대부동의 자기목적”<sup>219)</sup>으로, 개개인의 최고의 의무는 국가의 구성원이 되는 것에 있다.<sup>220)</sup> 더 나아가, 국가는 인간의 세계 속에서 “의식적으로 스스로를 실현해나가는 정신”<sup>221)</sup>으로 고양된다.

이러한 정신적이고 보편적인 국가이념이 직접 현실에 존재하게 될 때에는, 즉, 국가가 현실에 존재할 때에는 국가는 “스스로 유기체를 이루는 개체적이

---

214) 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사, 418면 참조.

215) 국순옥(김도균 역), “헤겔과 슈타인에 있어서 독일 관념론 국가사상”, 민주법학, 제55호(2014.7), 177면 참조.

216) 헤겔의 국가개념에 대하여는 헤겔(임석진 역), 전거서, 441-450면 참조.

217) 헤겔(임석진 역), 전거서, 441면.

218) 헤겔(임석진 역), 전거서, 442면.

219) 헤겔(임석진 역), 전거서, 442면.

220) 헤겔(임석진 역), 전거서, 442면 참조.

221) 헤겔(임석진 역), 전거서, 442면.

고 특수한 국가”<sup>222)</sup>가 된다. 그리고 이러한 개별국가는 역사적으로 형성된 ‘특수성’을 가지게 된다.<sup>223)</sup>

헤겔은 당시 독일이 약해진 원인을 ‘특수주의’와 ‘지방주의’에서 찾으면서, 단일한 독일국가를 추구하였다.<sup>224)</sup> 헤겔에 있어 최고의 가치인 ‘진정한 자유’ — 이것은 영국과 프랑스의 자유주의와는 다른 것이다 — 는 민족국가의 경계 내에서만 발견될 수 있는 것이었다.<sup>225)</sup> 당시의 자유주의는 ‘개인주의’였음에 반하여, 헤겔은 자유의 이념이 살아있는 선의 모습을 한 인륜성이 국가를 통하여 현실체로 실현되고, 그러한 국가를 통하여 자유가 개인에게 반영되는 것으로 이해하였기 때문이다.<sup>226)</sup>

### 3. 국가에서의 ‘행정’

헤겔이 생각한 국가는 헤겔 이후 독일 공법학에서 ‘법치국가’(Rechtsstaat)로 확립되었다. 헤겔이 생각한 법치국가는 전제정치에 반대되는 개념이다. 헤겔에게 있어 ‘전제정치’는 법이 사라져버린 상태 또는 군주의 의지나 민중의 의지가 법률로 통용되거나 오히려 법률을 대신하는 것으로 통용되는 상태를 의미하는 것이고, 법치국가는 그러한 전제정치에 반대되는 상태를 의미하는 것으로 이해된다.<sup>227)</sup>

이러한 헤겔적 법치국가에서 행정은 효율성을 추구하여야 하고, 사법은 재산권과 개인의 권리보호에 기여하여야 했다.<sup>228)</sup> 이러한 국가에서는 시민사회

---

222) 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사, 451면.

223) 헤겔(임석진 역), 전계서, 451면 참조.

224) 조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 『정치사상사 2』, 2003, 한길사, 927면 참조.

225) 조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 전계서, 927면 참조.

226) 조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 전계서, 927면; 헤겔(임석진 역), 전계서, 303-305면 등 참조.

227) 헤겔(임석진 역), 전계서, 502-503면; 조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 전계서, 964면 등 참조.

228) 조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 전계서, 964면 참조.

의 사법작용과 경찰작용은 통치권의 일부로 흡수되어 사법권과 경찰행정권을 이룬다.<sup>229)</sup> 국가는 통치권을 행사함에 있어서 “통치권의 대리자인 국가행정관료에 의존”<sup>230)</sup>할 수밖에 없으므로, 통치권의 핵심으로 ‘경찰행정법’과 ‘관료’가 등장하게 된다.

“공동의 국가이익을 특수한 영역의 법 안에 정착시켜서 특수한 영역을 국가에 귀일되도록 하는 데에는 통치권의 대리자인 국가 행정 관료와 이보다 더 위에서 문제를 심의하는 합의체로서의 상급 관청의 배려가 필요하다.”<sup>231)</sup>

또한 종래 시민사회의 영역이었던 개인 복지의 실현을 위한 사회정책들, 즉, 질서유지를 위한 경찰작용, 경제정책으로서 시장에 대한 감시와 배려, 개인에 대한 사회정책적 대책의 마련, 학교의 감독과 공교육 확립, 특히 빈민에 대한 공적인 보호 등의 역할은 ‘시민사회의 국가로의 이행’을 통하여 국가의 역할이 되고<sup>232)</sup>, 국가는 이러한 역할의 수행을 위하여 행정과 행정력을 필요로 하게 된다. 헤겔은 특히 빈곤 문제의 해결을 강조하였는데, 빈민에 대한 자선사업은 공적인 방법으로 대체되어야 한다고 하고, 빈곤 문제는 시민사회가 해결할 수 없고 직능단체를 통하여서도 해결할 수 없으므로 결국 사회정책의 ‘진리’인 국가를 통하여 해결되어야 한다는 점을 강조한다.<sup>233)</sup>

헤겔은 국가행정을 담당하는 관료집단은 ‘보편적 계급’(allgemeiner Stand)이 담당하여야 한다고 생각하였다.<sup>234)</sup> 헤겔에 따르면, 보편적 계급은 “스스

---

229) 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사, 520면 참조. 여기에서 헤겔은 사법권과 행정경찰권은 시민사회의 특수성과 관련되므로, 두 권력은 시민사회의 특수한 목적이 공동의 이익에 연계되도록 배려하도록 되어 있는 것으로 설명한다.

230) 헤겔(임석진 역), 전계서, 521면.

231) 헤겔(임석진 역), 전계서, 521면.

232) 헤겔(임석진 역), 전계서, 418, 440면 참조.

233) 헤겔(임석진 역), 전계서, 426, 429-430, 435, 439면 참조.

234) 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사, 383면; 레오 스트라우스·조셉 크랍시(김남국 외 역), 『서양정치철학사 3』, 2013, 인간사랑, 204면 등 참



로의 사명으로서 공적인 사안을 자기 활동의 목적이며 자신의 기반으로 삼고 있다.”<sup>235)</sup> 그리고 국가 관료는 보편적 계급의 중심을 이룬다.<sup>236)</sup> 헤겔에 있어 국가 관료는 국가의식과 교양을 갖춘 ‘중간계층’(Mittelstand)으로, 공정성과 지성 면에서 국가의 근간을 이루는 계층이다.<sup>237)</sup> 이들은 군주에 의하여 임명되지만 군주에 대하여 상대적 독립성을 가지며, 국가봉사자의 윤리에 따라 공직자의 의무를 이행할 것을 요구받는다.<sup>238)</sup>

#### IV. 검토

공법학인 행정법학은 국가를 그 대상으로 한다는 점에서, 학문의 대상인 국가에 대한 인식은 행정법학의 출발점이 된다고 할 수 있다. 후술하는 바와 같이 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어는 공통의 연구대상인 ‘국가’에 대한 기본인식에 있어서 헤겔의 사상으로부터 큰 영향을 받았다는 점에서 상당한 공통점이 있다고 할 수 있다. 물론 연구의 대상과 그에 대한 사상적 기초가 공통된다 하더라도, 연구의 대상인 국가의 어떤 측면을 더 중요시하였는지, 어떠한 방법론에 따라 연구하였는지에 따라 서로 다른 학문적 결과로 이어지는 것 또한 당연한 것이기도 하다.

한편, 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 생애에 있어 두 사람이 각각 학문적으로 전성기를 맞은 시기는 독일의 시대적 상황에 있어 상당한 차이가 있었음에 주목할 필요가 있다. 로렌츠 폰 슈타인의 시대는 게르버가 표현한 대로 ‘정치의 시대’였으며 사회주의의 등장과 함께 사회적으로도 혼란한 시

---

조. 헤겔은 ‘계층’을 실질적인 직접적 계층과 반성적인 형식적 계층, 그리고 보편적인 공적 계층으로 구분한다. 실질적 계층은 토지귀족과 농민을, 반성적 계층은 수공업자와 상공인을 말하고, 보편적인 공적 계층에 관료와 군인이 포함된다고 본다. 헤겔의 ‘계층’에 대한 설명은 헤겔(임석진 역), 전게서, 378-386면 참조.

235) 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사, 434면.

236) 헤겔(임석진 역), 전게서, 529면 참조.

237) 헤겔(임석진 역), 전게서, 529-530면.

238) 헤겔(임석진 역), 전게서, 525-526면 참조.

기였다고 할 수 있다. 이에 비하여 오토 마이어의 시대는 독일에서 비스마르크 제국의 성립 이후 국내 정치가 안정되었고 특히 그가 『독일행정법』 제1판을 집필하던 시기는 가장 안정적인 시기로 이른바 “위대한 법전 편찬의 시대”<sup>239)</sup>에 해당하였으며, 유럽 전반에 실증주의적 사조가 지배적 사고로 자리 잡게 되는 시기였다는 점에서 로렌츠 폰 슈타인의 시대와는 근본적인 차이가 있다고 할 수 있다. 이러한 역사적 배경은 두 사람의 학문적 견해와 방법의 차이에도 영향을 미칠 수밖에 없었다고 볼 수 있을 것이다.

---

<sup>239)</sup> 제바스티안 하프너(안인희 역), 『비스마르크에서 히틀러까지 - 독일제국의 몰락』, 2016, 돌베개, 88면.

## 제2장 국가와 행정

국가와 행정은 공법학의 핵심적인 연구대상이다. 본장에서는 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 행정법학 방법론을 비교·연구하기 위한 시작으로, 행정법학의 학문적 연구대상인 국가와 행정에 대한 두 사람의 인식에 대하여 살펴본다.

### 제1절 로렌츠 폰 슈타인의 국가와 행정

#### I. 로렌츠 폰 슈타인의 ‘국가’

로렌츠 폰 슈타인은 헤겔의 유기적 조직이론에 입각하여, 국가와 사회(Gesellschaft)를 유기적 조직, 유기적 인격으로 이해한다.<sup>240)</sup> 그에게 있어 국가는 “모든 개별적 인격의 인격적 통일체”<sup>241)</sup>(die persönliche Einheit aller einzelnen Persönlichkeiten)이고, 인격체인 국가는 자신의 육체(Körper)에 해당하는 ‘영토’와 정신(Seele)에 해당하는 ‘국민’을 가지며, 영토와 국민 안에서 국가는 스스로의 ‘인격’을 갖는다.<sup>242)</sup> 인격체인 국가는 세 종류의 ‘기관’(조직; Organ)을 갖는데, 그것은 국가의 최고지도자(Staatsoberhaupt), 국가의 의지(Staatswille), 그리고 국가의 행동(That des Staats)이다.<sup>243)</sup>

로렌츠 폰 슈타인에게 있어 ‘사회’는 헤겔의 그것과 마찬가지로, 이익 추

---

<sup>240)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.XVI 참조.

<sup>241)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.9.

<sup>242)</sup> Ebenda, S.5 참조.

<sup>243)</sup> Ebenda, S.5-6 참조.

국가 우선하는 곳이다. 그가 인식한 사회는 이익과 계급이 존재하는 곳이다.<sup>244)</sup> 사회는 “현저한 경제적 차별에 근거한 계급으로 이루어진”<sup>245)</sup> 것이고, 국가의 역사는 “국가적 지배를 둘러싼 계급투쟁의 부단한 과정에 불과한”<sup>246)</sup> 것이다. 로렌츠 폰 슈타인에게 있어 국가의 목적은, 헤겔과 마찬가지로 이러한 ‘이익 추구의 사회’로부터 국민을 잘 살게 해주는 것, 특히 약자를 보호하는 것에 있다.<sup>247)248)</sup> 그리고 로렌츠 폰 슈타인에 있어 국가의 역할은 계급이 형성되는 것을 막고, 모든 사람들의 평등을 유지하는 것에 있다.<sup>249)</sup>

## II. 로렌츠 폰 슈타인의 ‘행정’

### 1. 행정의 의의

#### (1) 개념

<sup>244)</sup> 게오르그 엘리네크(김효전 역), 『일반국가학』, 2005, 법문사, 72면 참조.

<sup>245)</sup> Georg Jellinek, Allgemeines Staatslehre und Politik, 1896 (Neudruck: Hg. Ziemann/Funke, 2016), S.47.

<sup>246)</sup> Ebenda, S.47. 여기에서는 로렌츠 폰 슈타인의 견해에 대하여, “프랑스 혁명과 루소의 영향을 받은 것”으로 설명하면서, 로렌츠 폰 슈타인이 역사를 계급투쟁으로 본 것은 “마르크스의 생각과 만나게 된다.”고 평가한다.

<sup>247)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 참조. 로렌츠 폰 슈타인은 국가를 헤겔의 관점에서, ‘시민사회와는 달리 개인의 자유를 지키면서도 계급의 복지를 개량할 수 있는 존재’로 보고 있다는 점에서, 그의 입장을 ‘사회주의’로 보기는 어렵다는 평가가 있다. 또한 그는 ‘시민계급이 자신들의 본성에 따라서 정부를 이익추구의 수단으로 이용’하는 것으로 보고 있어, 시민계급을 중심으로 하는 ‘공화주의’(republicanism)에도 반대하는 입장으로 평가되고 있다.

<sup>248)</sup> 로렌츠 폰 슈타인은 비스마르크제국 당시의 사회정책에 대하여 노동자들을 사회주의로부터 등을 돌리게 하고 사회적 왕정에 충실하게 순화되도록 하려는 목적을 가진 것이었다고 평가한다. 이에 대하여는 전광석, 『독일사회보장법과 사회정책』, 2008, 박영사, 43면 참조.

<sup>249)</sup> Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., 1958, S.43 참조.

국가와 사회에 대한 로렌츠 폰 슈타인의 관점에서는 개인들이 각자 자기의 이익을 추구하는 ‘사회’에서 발생하는 모순의 해결을 위해 ‘국가’의 역할이 필요하게 되는데, 그러한 역할을 수행하기 위한 국가의 활동이 바로 ‘행정’이 된다.<sup>250)</sup> 법이 인격체로서의 국가의 ‘의지’를 나타내는 것이라면, 행정은 인격체로서의 국가의 ‘행동’을 의미하는 것이다.<sup>251)</sup> 그리고 그러한 행동은 국가 목적 달성을 위한 역할을 수행하는 것을 의미한다.<sup>252)</sup> 로렌츠 폰 슈타인의 관점에서 입법과 행정은 하나의 법인격 안에 통합되어 있지만 분리되어 독립되어 있는 국가의 일부분이기도 하다.<sup>253)</sup> 그리고 국가의 행동인 행정은 국가의 의사인 법에 종속되어야 하는 것이 원칙이다.<sup>254)</sup>

## (2) ‘헌정’과의 구분

이러한 행정은 개념적으로 ‘헌정’과는 구분된다. 독일 관방학의 핵심 개념인 경찰(Polizei) 개념을 로렌츠 폰 슈타인은 ‘헌정’(Verfassung) 개념과 ‘행정’(Verwaltung) 개념으로 분리하였다.<sup>255)</sup> ‘헌정’이란 “국가라는 유기체를 구성하는 개인이 국가의사의 결정에 참여하는 국가적 권리”<sup>256)</sup>를 의미하는 것으로 설명된다. 즉, 국가 안에서의 개인의 자기결정을 ‘자유’라고 부르는데, 그러한 개인의 자기결정의 자유가 모여 국가의 자유로운 의지를 만들게 되

250) 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보, 제29권 제4호(1995), 1405면 참조.

251) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.15 참조.

252) Ebenda, S.15 참조.

253) Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 참조.

254) Lorenz von Stein, a.a.O., S.15 참조.

255) Utz Schliesky, Verfassung und Verwaltung bei Lorenz von Stein, in: Stefan Koslowski(Hrsg.), Lorenz von Stein und der Sozialstaat, 2014, S.83; 김운태, 『행정학원론』, 1985, 박영사, 22면; 박응격, 전계논문, 1406면; 유훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사, 54면 등 참조.

256) 김운태, 전계서, 22면.

고, 그러한 자유로운 의지를 만드는 절차를 규정하는 것이 ‘헌정’이라는 것이다.<sup>257)</sup> 즉, 헌정은 인격체로서의 국가의 ‘의지’에 대한 것이다. 반면, 행정은 “국가가 모든 개인의 향상을 촉진할 임무를 수행하기 위한 국가의 행위”<sup>258)</sup>를 의미하는 것으로, 인격체로서의 국가의 ‘행동’에 대한 것이라는 점에서 헌정과 구별된다.

로렌츠 폰 슈타인은 “헌법적 자유의 시대로부터 개인적 자유의 시대로 전환이 이루어졌다.”<sup>259)</sup>라고 하면서, 그것은 “국가 개념과 국가 작용의 성취가 헌정 안에서 발견되는 시기에서, 행정을 위하여 헌정이 무엇을 하였는지에 따라 헌정의 가치가 판단되는 시기로 전환되었다.”<sup>260)</sup>고 설명한다.

### (3) 분류

로렌츠 폰 슈타인은 행정의 개념을 먼저 국가의사의 실현이라고 할 수 있는 ‘집행권’(Vollziehende Gewalt)과 ‘실제의 행정’으로 구분하고, 실제의 행정을 종래의 관방학의 전통을 따라 5대 영역으로 구분하였다.<sup>261)</sup><sup>262)</sup> 이러한 분류는 당시의 국가학에서는 일반적으로 받아들여지는 국가의 기능에 따른 분류에 해당하는 것이었다.<sup>263)</sup>

첫째는 외교 및 국제법의 근원인 다른 나라들과의 관계의 문제이다. 국가는 혼자 고립되어 존재하는 것이 아니라, 다른 나라들과의 교류 속에 있는

257) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.5 참조.

258) 김운태, 『행정학원론』, 1985, 박영사, 22면.

259) Lorenz von Stein, a.a.O., S.40.

260) Ebenda, S.40.

261) Ebenda, S.6-7; 김운태, 전게서, 23면; 유 훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사, 55면 등 참조. 아래의 분류는 유훈, 전게서, 54-55면 참조.

262) 로렌츠 폰 슈타인은 ‘집행권’에 대한 것은 행정학의 영역이 아닌 것으로 보고, ‘내무행정’을 행정학의 대상으로 파악한다. Lorenz von Stein, a.a.O., S.8 참조.

263) Georg Jellinek, Allgemeines Staatslehre und Politik, 1896 (Neudruck: Hg. Ziemann/Funke, 2016), S.71-72 참조.

것이므로, 외교관계에 대한 행정이 중요한 것이다.<sup>264)</sup> 둘째는, 국가의 다른 국가에 대한 독립, ‘영예’(Ehre), 그리고 ‘힘’(Macht)을 대상으로 하는 군사행정과 군대제도이다.<sup>265)</sup> 국가는 무력을 가지고 있기 때문에, 전쟁과 관련한 행정이 중요했다.<sup>266)</sup> 위의 두 가지는 국가의 독립성과 관련된 것으로, 대외적인 행정에 해당한다.<sup>267)</sup>

다음의 세 가지는 국가의 내부적인 생활관계에 해당하는 것이다. 셋째는 ‘재무행정’(Finanzverwaltung)이다. 국가가 그 목적을 달성하려면 경제적 수단이 필요하기 때문이다.<sup>268)</sup> 넷째는 실정 법률의 실현에 해당하는 ‘사법’(司法) 행정이다. 국가가 법을 관장하고, 재판관을 임명하는 등의 행정이 여기에 해당한다.<sup>269)</sup> 다섯째는 행정의 핵심인 ‘내무행정’(innere Verwaltung)이다. 내무행정은 국가의 기능 중에서 위의 네 가지 기능을 제외하고 남은 것으로, 넓은 의미의 ‘문화촉진’(Kulturförderung)에 해당하는 것이다.<sup>270)</sup> 로렌츠 폰 슈타인은 다른 국가학자들과 마찬가지로 이러한 국가의 기능 중에서 ‘내무행정’ 기능을 가장 중요시하였다.

## 2. 행정의 기능

로렌츠 폰 슈타인은 행정의 역할이 “개인의 자유를 보호하여 시민사회에

---

<sup>264)</sup> Georg Jellinek, Allgemeines Staatslehre und Politik, 1896 (Neudruck: Hg. Ziemann/Funke, 2016), S.72 참조.

<sup>265)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.7 참조.

<sup>266)</sup> Georg Jellinek, a.a.O., S.72 참조.

<sup>267)</sup> Lorenz von Stein, a.a.O., S.7 참조. 여기에서는 외교관계 및 군대에 대한 행정영역은 국제법의 대상이 되고, 외교관계에 대하여는 정치학(Staatskunst, Politik)이, 군대·전쟁에 대하여는 군사학(Kriegswissenschaft)이 그 행정영역에 대한 학문이라고 한다.

<sup>268)</sup> Georg Jellinek, a.a.O., S.72 참조.

<sup>269)</sup> Ebenda, S.72 참조.

<sup>270)</sup> Ebenda, S.72 참조.

서 각자 자신의 이익을 추구할 수 있도록 해주는 것”<sup>271)</sup>에 있다고 보았다. 개인의 ‘자기결정’(Selbstbestimmung)은 로렌츠 폰 슈타인의 국가 및 사회이론의 핵심개념이다.<sup>272)</sup> 그는 개인의 발전은 다른 사람의 발전을 위한 조건이 되고, 한 개인의 발전은 다른 개인의 발전으로 이어지는 것으로 인식하였다.<sup>273)</sup> 개인은 각자 자기결정을 통하여 자신의 이익을 추구할 수 있는데, 문제는 그러한 자기결정이 다른 사람에게 손해를 줄 수 있다는 점이다.<sup>274)</sup> 이러한 경우에, 보다 낮은 경제적 위치에 놓인 개인일수록 자기결정의 자유의 행사에 있어 보다 높은 경제적 위치에 놓인 개인에 비하여 더 열등한 지위에 놓이게 된다. 행정은 이러한 경우에 “보다 낮은 계급을 보호”하여, 사회 안에서 “자기결정의 자유가 없는 상태로 빠지지 않도록”<sup>275)</sup> 하는 기능을 수행한다.

### 3. 내무행정

#### (1) 개념

‘내무행정’(innere Verwaltung)은 그 형식적 개념에 따르면, “개인들에게 자신의 힘과 노력만으로는 얻을 수 없는 개인의 발전을 위한 전제조건들을 제공하는 국가의 작용들의 총합”<sup>276)</sup>을 의미한다. 로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 내무행정의 이념은 “인간적인 발전의 이상은 완성된 인간”<sup>277)</sup>이라는 사실에

<sup>271)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138.

<sup>272)</sup> Ibid., p.2138 참조.

<sup>273)</sup> Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., 1958, S.43 참조.

<sup>274)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 참조.

<sup>275)</sup> Ibid., p.2138.

<sup>276)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.39.

<sup>277)</sup> Ebenda, S.39.



기초를 두고 있는데, 그러한 개인의 완성은 개인 혼자서의 힘으로는 이룰 수 없고, 오로지 “인간의 공동체(Gemeinschaft)만이 개인의 부족함을 보완할 수 있다.”<sup>278)</sup>고 한다. 즉, 개인의 부족함 때문에 공동체가 필요하게 된다.

로렌츠 폰 슈타인은 이러한 공동체의 중요성을 강조하였는데, 공동체를 통하여 그 구성원인 개인이 발전하게 되고, 공동체의 도움을 통한 개인의 발전은 그래서 공동체를 더욱 강하게 하고, 공동체는 그 강해진 힘을 개인을 위하여 사용할 수 있게 되는 관계를 통하여, 개인의 발전은 다시 공동체를 강하게 하여, 모든 구성원들이 유익하게 된다고 설명한다.<sup>279)</sup> 그리고 이와 같은 상호 의존관계에서 “내무행정의 이념이 실현된 인격체”<sup>280)</sup>가 바로 국가라고 한다.

로렌츠 폰 슈타인이 강조한 자유는 그래서 ‘국가로부터의 자유’뿐만 아니라, ‘국가를 통한 자유’ 즉 국가의 행정에 의한 사회생활의 적극적 형성을 통한 자유를 포함하는 것이다.<sup>281)</sup> 그의 행정학의 최고의 목표인 개인의 자유의 실현을 위해서는 국가의 행정, 즉 적극적인 국가의 활동이 필수적인 것이 된다. 그래서 그는 “행정에 대한 사상은 일하는 국가에 대한 사상이다.”<sup>282)</sup>라고 설명한다. 결국 로렌츠 폰 슈타인의 국가와 행정이론에서는 일하는 국가의 활동의 요체인 ‘내무행정’이 핵심개념이 된다.

## (2) 지도원리

---

278) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.39.

279) Ebenda, S.39 참조.

280) Ebenda, S.39.

281) Christoph Brüning, Die Idee des arbeitenden Staates, in ders./Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit, 2015, S.243 참조.

282) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Aufl., 1887, S.25.; zitiert nach Christoph Brüning, Die Idee des arbeitenden Staates, in ders./Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit, 2015, S.243.

로렌츠 폰 슈타인은 내무행정의 지도원리에 대하여 공동체 안에서 모든 개인은 독립적이라는 사실에 근거하고 있는데, “그 개인은 자기 스스로의 힘으로 얻은 것을 통하여서만 진정한 발전을 할 수 있다.”<sup>283)</sup>고 설명한다. 여기에서 내무행정의 한계가 도출되는데, 즉 국가의 내무행정작용의 임무는 “공동체는 개인이 자기 자신의 힘으로 얻을 수 있는 것은 제공하여서는 안 된다.”<sup>284)</sup>는 한계를 갖게 된다고 한다. 그리고 행정은 개인의 발전을 위한 동등한 조건을 제공하여야 하는 의무를 갖는다.<sup>285)</sup> 그래서 내무행정에서 가장 중요한 것은 “주어진 조건과 변화하는 조건에 맞는 가장 적합한 수단을 찾아내고 유지하는 것”<sup>286)</sup>이 되고, 이러한 내무행정을 통하여 최고의 선인 ‘진정한 자유’(wirkliche Freiheit)에 도달할 수 있게 된다고 한다.<sup>287)</sup> 그래서 로렌츠 폰 슈타인의 행정 체계에서는, 내무행정은 인격적인 자유의 최고의 조건을 위한 국가의 활동(Arbeit)이 된다.<sup>288)</sup>

### (3) 체계

로렌츠 폰 슈타인은 내무행정의 지도 원리에 따른 체계적이고 실용적인 학문이 필요함을 강조하면서, 그러한 학문에서 가장 중요한 기초는 행정임무의 체계라는 점을 강조한다.<sup>289)</sup> 그의 행정체계는 모든 시민의 안녕을 확보하면서 사회의 안정성을 유지할 수 있는 체계였다는 평가를 받고 있다.<sup>290)</sup>

그는 행정임무의 대상인 내무행정을 국가의 ‘생활’(Leben)의 분류에 따라

---

<sup>283)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.40.

<sup>284)</sup> Ebenda, S.40.

<sup>285)</sup> Ebenda, S.40 참조.

<sup>286)</sup> Ebenda, S.40.

<sup>287)</sup> Ebenda, S.40 참조.

<sup>288)</sup> Ebenda, S.40 참조.

<sup>289)</sup> Ebenda, S.40 참조.

<sup>290)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 참조.

크게 개인생활(persönliches Leben), 경제생활(wirtschaftliches Leben), 그리고 사회생활(gesellschaftliches Leben)의 세 유형으로 나누고, 이러한 생활의 유형 체계 아래에 각 생활 영역의 내용에 따라 내무행정의 체계를 분류한다.

첫째로, 내무행정과 개인생활의 영역이다. 여기에서는 행정과 개인의 신체적 생활 및 정신적 생활과의 관계에서 나타나는 제도가 문제가 된다. 개인의 신체적 생활 영역에서 중요한 제도로는 인구·주민제도(Bevölkerungswesen), 공적 보건제도(öffentliches Gesundheitswesen), 경찰제도(Polizeiwesen), 후견·보호제도(Pflegschaftswesen) 등이 있고, 정신적 생활 영역에서 중요한 제도로는 교육제도(Bildungswesen)가 있다.

둘째로, 내무행정과 경제생활의 영역이다. 여기에서는 첫째 영역으로 통화(Entwährung), 둘째 영역으로 화재경찰(Feuerpolizei), 물법(Wasserrecht), 손해보험제도(Schadenversicherungswesen) 등의 경제행정의 요소들이 있고, 셋째 영역으로 교통제도(Verkehrswesen)가 있다. 교통제도는 다시 교통수단인 도로제도(Wege- und Bauwesen), 항해제도(Schiffahrtswesen), 교통영조물(Verkehrsanstalt)인 우편제도(Postwesen), 철도제도(Eisenbahnwesen), 공적 증기·항해(Öffentliche Dampfschiffahrt), 전신제도(Telegraphenwesen) 등으로 구분된다. 그밖에 유통제도(Umlaufwesen)와 신용제도(Creditwesen)가 교통제도의 중요한 부분을 이룬다. 다음으로 경제생활에 있어 국민경제관리를 위한 것으로 산(Bergwesen), 산림(Forstwesen), 농업관리(Landwirthschaftspflege), 영업제도(Gewerbewesen), 산업(Industrie), 상업(Handel), 도거나 지적재산권과 관련된 정신적 영업(geistiger Erwerb) 등이 있다.

셋째로, 내무행정과 사회생활의 영역이다. 사회생활은 사회적 자유, 사회적 위기, 사회적 발전의 세 부분으로 구성된다. 사회적 자유의 영역에는 가족과 고용제도(Familie und Gesindewesen), 성별법(Geschlechterrecht), 직업법(Berufsrecht) 등이 있다. 사회적 위험(gesellschaftliche Noth)의 영역에는 사회경찰(Gesellschaftliche Polizei)과 군대제도(Armenwesen)가 있다. 사회적 발전(gesellschaftliche Entwicklung)의 영역에는 구제은행제도(Hülfskassen-Wesen), 보험제도(Versicherungswesen), 상호제도(Die Selbsthülfe und ihr Vereins-

wesen) 등이 중요한 제도이다.

후술하는 바와 같이, 로렌츠 폰 슈타인은 이러한 행정의 체계로부터 각 개별적인 영역에 적용되는 법률이 만들어진다고 보고 있으므로, 내무행정의 체계는 결국 행정법의 체계와 일치하게 된다는 점에서 그의 행정법학에 있어서 행정의 체계는 중요성을 갖는다고 할 수 있다.

## 제2절 오토 마이어의 국가

오토 마이어는 “행정법학은 그 대상을 국가(Staat)에 둔다.”<sup>291)</sup>고 하면서, 행정법학의 대상인 국가 중에서도 ‘법질서’(Rechtsordnung)와 관련된 측면을 ‘행정’(Verwaltung)으로 파악한다.<sup>292)</sup> 오토 마이어 행정법학의 연구대상 중 먼저 국가에 대하여 살펴본다.

### I. 국가에 대한 이해

#### 1. ‘공동체’로서의 국가

오토 마이어는 국가를 정치적, 철학적이 아닌 법학적으로 이해하려고 하였다. 국가 개념은 오토 마이어 행정법학의 기초를 이루고 있고,<sup>293)</sup> 특히 그의 행정법학은 ‘자유주의적 법치국가’(liberaler Rechtsstaat)를 기반으로 하고 있

---

291) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.1.

292) Ebenda, S.1 참조.

293) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 17면 참조. 여기에서는 오토 마이어 행정법학의 기초가 되는 ‘국가’ 개념은 순수하게 이론적인 것이 아니라 독일제국의 성립·발전 과정에서 오토 마이어가 자신의 경험을 바탕으로 한 것이었다고 설명한다.

다.<sup>294)</sup> 오토 마이어는 국가에 대하여 다음과 같이 설명한다.

“국가는 어떤 민족이 역사 속에서 자신들의 특징을 발전시키고 세력을 얻기 위하여 통합하여 결성한, 잘 정돈된 ‘공동체’(Gemeinwesen)이다. 공동체를 위하여, 그리고 공동체의 목적(Zweck) 달성을 위하여 수행되는 다양한 활동들을 일반적으로 행정이라고 부를 수 있다.”<sup>295)</sup>

“다른 모든 공동체들과 비교할 때, 국가는 그 공동체의 특정 관할구역 안에 속하는 모든 사람들을 위하여 최고의 권력, 즉 국가권력(Staatsgewalt)을 가지고 있다는 점에서 구별된다.”<sup>296)</sup>

오토 마이어에 있어 국가란 고유의 목적을 가지는 공동체이다. 인간에게는 여러 공동체가 있을 수 있는데, 그 중에서 최고의 권력을 가지고 있는 공동체를 국가로 인식하고 있다. 국가는 특정한 목적 즉 ‘국가목적’(Staatszweck)을 달성하고자 하는 인간들의 공동체인데, 그 공동체는 “장래의 역사적 위대성을 위해 구성원들을 희생시킬 수 있는”<sup>297)</sup> 특성을 갖는 것이다.<sup>298)</sup>

국가는 공동체로서 구성원 개개인의 이익과 목적을 초월하여 그 스스로의 목적과 이익을 갖게 된다.<sup>299)</sup> 오토 마이어의 국가관은 국가를 실질적인 이성 이 직접적으로 실현된 정신으로, 최고의 절대적인 힘을 가진 공동체로 보는 헤겔 철학의 영향을 받은 것으로 평가되고 있다.<sup>300)</sup>

## 2. ‘영조물’로서의 국가

---

<sup>294)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.19 참조.

<sup>295)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.1.

<sup>296)</sup> Ebenda, S.1.

<sup>297)</sup> Ebenda, S.15.

<sup>298)</sup> Ebenda, S.15 참조.

<sup>299)</sup> 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 17면 참조.

<sup>300)</sup> Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S.57-58 참조.

오토 마이어는 더 나아가 역사적·철학적·정치적 이해를 넘어 국가를 법학적으로 파악하려고 하였다. 그는 ‘법제도’(Rechtsinstitut)로서의 국가를 법인(juristische Person)이 아닌, ‘영조물’(Anstalt)로 이해하였다.<sup>301)</sup> 영조물로서의 국가는 “일정한 목적을 실현하기 위한 인적·물적 결합체”<sup>302)</sup>를 의미한다. 영조물로서의 국가는 개인들 위에 존재하며, “개인의 이익의 총합이 아닌 보다 높은 일반적인 전체이익을 형성하는 목적에 우선적으로 기여하는 공동체”<sup>303)</sup>가 된다.

이러한 공동체로서의 국가는 공동체를 구성하는 개개인의 개인적인 이익과 목적을 초월하는 존재가 되어, 그 자체의 목적과 이익을 가지게 된다. 오토 마이어는 역사적으로 형성되어 온 국가가 스스로의 ‘국가목적’을 갖는 것을 전제하고 있다. 즉, 경찰국가에 관한 설명에서, 군주는 국가목적 추구라는 임무의 고유한 주체이고, 관료들은 군주의 지휘를 받아서 국가사무를 국가목적의 이익에 맞게 처리할 의무를 갖는다고 설명한다.<sup>304)</sup> 또한 자유재량행위에 있어서도 ‘공동체 이익의 고려’(Erwägung des Gemeinwohles)를 언급하고 있다.<sup>305)306)</sup>

국가의 의사는 구성원들에 대한 법적인 지배권으로 나타나게 되는데, 이것

301) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척사』, 2007, 박영사, 17면; 임현, 『오토 마이어 행정법학의 현대적 해석』, 1998, 고려대학교 석사학위논문, 78면; 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 9면; Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S.59-69 등 참조. 법인격으로서의 영조물이 아닌 법적 형식으로서의 영조물로 파악한 것으로 보는 견해로 최계영, 전게서, 9면 참조.

302) 박정훈, 전계논문, 17면.

303) 최계영, 전게서, 9면.

304) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.39 참조.

305) Ebenda, S.99 참조.

306) 국가목적으로서의 ‘공익’(öffentliches Interesse)에 대하여도 오토 마이어는 법적으로 파악하고 있다. 그에 따르면 “공익은 공법의 경계설정에서 스스로의 중요성을 갖는데, 다만 간접적으로, 그리고 법적으로 중요한 공권력이 관련되는 범위에서만 그러하다.”고 한다. Ebenda, S.15 참조.

이 바로 국가의 ‘공권력’(öffentliche Gewalt)이다. 오토 마이어는 국가는 그 ‘공동체로서의 본성’(Natur als Gemeinwesen)에서 공권력이라는 특별한 법적 효력을 인정받게 된다고 설명한다.<sup>307)</sup> 이러한 공권력이 최고 정점에서 나타나는 곳에서, 이를 국가권력, 즉 ‘주권’(Souveränität)으로 부르게 된다는 것이다.<sup>308)</sup> 그리고 공법이란 이러한 “공권력 관계의 질서를 정한 것”<sup>309)</sup>이라는 성격을 갖게 된다.

## II. 헌법국가

### 1. 행정법의 전제조건

오토 마이어는 “헌법국가는 우리의 행정법의 전제조건이다.”<sup>310)</sup>라고 하여, 독일 행정법의 전제조건으로 ‘헌법국가’(Verfassungsstaat)를 제시하고 있다. 최고 권위로서의 주권을 가지는 공동체인 국가에서, 헌법은 최고 권위인 주권이 형성되고 통제되는 규칙을 의미한다.<sup>311)</sup> 오토 마이어의 『독일행정법』 제1판이 출간되던 1895년 당시 독일에서는 1871년 제정된 독일제국헌법이 시행 중이었지만, 당시의 헌법에는 기본권 규정이 존재하지 않고 통치구조에 관한 규정만 존재하였으므로, 헌법국가는 “헌법에 의하여 통치구조가 규율되는 단계의 국가”<sup>312)</sup>를 의미하게 된다.

당시의 헌법국가는 프랑스 대혁명의 영향으로, 입법·사법·행정의 국가작용이 권력분립의 원칙에 따라 나누어져 있는 헌법을 가진 국가를 의미했다.<sup>313)</sup> 오토 마이어는 여기에 더하여 역사적 발전과정에서의 ‘특별한 추가

307) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.14-15 참조.

308) Ebenda, S.15 참조.

309) Ebenda, S.15.

310) Ebenda, S.55.

311) Ebenda, S.1 참조.

312) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 21면.

물'(besondere Zutat)이 있음을 강조하였다. 즉, 헌법이 “입법과정에서의 참여를 통해 국가권력에 대한 일부의 몫을 국민의 대표에게 주는 경우”<sup>314)</sup>에만 그러한 국가를 헌법국가로 불러야 한다고 하여, 국민 대표로 구성되는 의회에 입법권이 부여되어 있는 헌법을 가진 국가를 헌법국가로 정의하였다.<sup>315)</sup> 이러한 헌법국가는 오토 마이어에 있어서 행정법의 전제조건이 된다.<sup>316)</sup>

## 2. 권력분립

### (1) 헌법국가와 권력분립

오토 마이어는 자신의 행정법의 전제조건인 헌법국가에서는 ‘권력분립’(Trennung der Gewalten)이 중요하다고 설명한다.<sup>317)</sup> 권력분립 사상은 “오토 마이어 행정법의 출발점”<sup>318)</sup>이고, 그의 인식에 따르면 모든 근대적 헌법 국가의 공통자산(Gemeingut)이다.<sup>319)</sup> 오토 마이어는 프랑스에서도 오랫동안 반대의견이 있었던 권력분립론을 모방하고 수용하였음을 인정하면서, 권력분립 사상에 대한 정확한 이해가 중요함을 강조하였다.<sup>320)</sup>

오토 마이어에 따르면, 권력분립론은 ‘자유로운 정치’라는 정치적 목적을 가지고 영국에서 고안된 것으로, 강력한 국가권력을 어느 하나의 의사주체에 게 단일하게 주어서는 안 되고, 다양한 의사주체에게 분배하여야 한다는 원칙이다.<sup>321)</sup> 특히 오토 마이어는 존 로크(John Locke)를 권력분립 이론의 창

---

<sup>313)</sup> Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.35 참조.

<sup>314)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.1.

<sup>315)</sup> Ebenda, S.1 참조.

<sup>316)</sup> Ebenda, S.55 참조.

<sup>317)</sup> Ebenda, S.55 참조.

<sup>318)</sup> 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 20면.

<sup>319)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.2 참조.

<sup>320)</sup> 오토 마이어는 『프랑스행정법의 이론』 제1장에서 ‘권력분립’을 설명한다.



시자로 소개하면서, “본질적으로 두 가지의 권력이 중요하다: 입법권과 집행권이 그것이다. 소위 재판하는 권력 — 사법권 — 은 사람들이 주로 구별하지만 독자적인 의미가 없다.”<sup>322)</sup>고 하여, 존 로크의 입장과 마찬가지로 입법권과 집행권 이권(二權)의 분립이 중요하다는 점을 강조한다.<sup>323)</sup>

오토 마이어는 존 로크에 있어서는 사법권이 입법권에 포함되어 있다고 하고, 몽테스키외(Montesquieu, Charles De)에 대하여는 존 로크를 모방하려고 한 사람으로 소개하면서, 존 로크의 이권분립을 모방하여 처음에는 사법권을 집행권에 포함시켰다가 나중에 독자적인 명칭을 부여한 것이었다고 설명한다.<sup>324)</sup> 그리고 입법권과 집행권이라는 단지 두 개의 권력만이 있을 수 있다는 것은 통설적 견해로 간주되고 있다고 설명한다.<sup>325)</sup> 이러한 점에서 오토 마이어는 존 로크의 이권분립설을 따르고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>326)</sup>

## (2) 입법과 집행의 관계

오토 마이어는 국가권력을 ‘규범의 창출’이라는 하나의 측면과 ‘국제법적 목적과 법률의 실현’이라는 다른 하나의 측면으로 구분하는데,<sup>327)</sup> 전자는 입법권, 후자는 집행권에 해당한다. 권력분립에 따른 입법권과 집행권 사이의 권한분배는 두 가지 의미를 갖는 것으로 설명되는데, 첫째는 법이 입법과 집행 사이에서 ‘관할결정’(Zuständigkeitsbestimmung)을 한 것이라는 성격이고, 둘째는 법이 입법과 집행에 서로 다른 법률적 성격을 부여하였다는 것<sup>328)</sup>,

<sup>321)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.57.

<sup>322)</sup> Ebenda, S.56.

<sup>323)</sup> Ebenda, S.56 참조.

<sup>324)</sup> Ebenda, S.56(Fn.3) 참조.

<sup>325)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.1(Fn.2) 참조.

<sup>326)</sup> 오토 마이어의 ‘국가권력의 二分’에 대한 인식에 대하여는 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 16면 이하; 同人, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 180-181면 등 참조.

<sup>327)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.3 참조.

즉, 입법과 집행이 각자 자기에게 속한 관할권을 다루는 법률적 특성과 효력의 차이라는 성격에 있는 것으로 설명된다.<sup>329)</sup> 이에 대한 오토 마이어의 설명을 구체적으로 살펴본다.

#### 1) 관할결정: 법률유보

오토 마이어에 따르면, 헌법은 입법과 집행에 서로 다른 관할권을 할당하는데, 그러한 관할권은 국가 작용의 모든 영역을 포함한다.<sup>330)</sup> 즉, 입법권 또는 집행권이 국가작용의 모든 영역에 대하여 관할권을 갖게 되는 것이다. 그런데 이러한 입법권과 집행권의 관할권은 서로 중첩될 수도 있고 어느 한 쪽에 독점적으로 속하게 될 수도 있는 것이다. 여기에서 관할권이 입법권과 집행권 중에서 어느 한 쪽에 독점적으로 속하는 경우를 ‘유보’(Vorbehalt)라고 하는데, 만약 관할권이 어느 한 쪽에 독점적으로 속하게 되는 경우에는 입법권과 집행권 중 다른 한 쪽이 여기에 개입하게 되면 이것은 헌법위반이 된다고 한다.<sup>331)</sup>

입법권에 관할권이 독점적으로 속하는 경우, 집행권이 법률의 유보 없이 개입하면 헌법위반이 된다. 법률유보의 가장 중요한 원칙은 헌법이 개인에게 국가 권력에 대하여 어떤 부인할 수 없는 자유를 인정한다는 것이다. 만약 법률에 의한 유보가 없는 한, 그 영역에서 집행권은 배제되는 것이다. 그래서 소유권 박탈, 조세부과, 행정강제 등을 통하여 개인에게 발생하는 모든 유보된 침해는, 법률에 따라서 실행되거나 허용되는 것이 된다.<sup>332)</sup> 이러한 ‘유보’ 개념을 통하여 권력분립론은 법치국가론으로 연결된다.

#### 2) 법률적 특성과 효력의 차이: 법률의 우위

---

<sup>328)</sup> Otto Mayer, *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, 1886, S.4 참조.

<sup>329)</sup> Ebenda, S.5 참조.

<sup>330)</sup> Ebenda, S.4.

<sup>331)</sup> Ebenda, S.4 참조.

<sup>332)</sup> Ebenda, S.4 참조.

다음으로, 오토 마이어는 권력분립은 입법과 집행에 각각 다른 법률적 특성과 효력을 부여하였다는 기준을 통하여 입법과 집행을 비교한다. 입법은 직접적 구속력이 있는 일반적 규율인 ‘법규’를 만들 수 있는 능력을 말한다. 그런데 입법이라는 권력이 부여받은 법률적 특성과 효력에 따라, 입법은 일반적 규율만을 만들 수 있는 것에 그치지 아니하고, 입법과 집행이 공동의 관할권을 가지고 있는 개별적 행위에 대하여서도 입법에 관할권이 유보된 영역인 일반적 규율에 대한 것만큼 관할권을 행사할 수 있다는 것이다.<sup>333)</sup> 이러한 과정을 통하여 입법이라는 형식 속에 들어 있는 입법자의 의지는 개별적 행위에도 직접적으로 구속력을 가지게 되고, 그 결과 법률의 집행권에 대한 우위라는 효력이 인정되는 것이다.<sup>334)</sup>

또한 법률이 일단 공포되고 나면, 집행권은 오직 그 법률을 집행할 수 있을 뿐이고 또한 집행하여야 하는 성격을 갖는다. 집행권은 “법률과 모순되는 국가의 의지를 나타낼 수 없고, 그 작용을 통하여 법률의 의지를 속행하여야 하고 완성하여야 하는 임무를 맡는”<sup>335)</sup> 성격을 부여받게 되었다고 한다. 이러한 설명을 통하여 ‘법률의 우위’(Vorrang des Gesetzes)가 도출된다.<sup>336)</sup>

### (3) 권력분립과 법치국가

오토 마이어는 로크의 이권분립설을 원칙적으로 따랐지만, 실제 그의 권력분립론은 입법에 최상위의 권력을 인정하는 특성을 가진다. ‘관할권의 결정’과 ‘서로 다른 법률적 특성과 효력’이라는 두 가지 기준을 통하여 오토 마이어는 집행권에 대한 법률의 우위와 법률유보를 도출하였는데, 이것은 오토 마이어의 법치국가에서 핵심을 이루는 요소가 된다.<sup>337)</sup> 그러한 의미에서, 오

<sup>333)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.5 참조.

<sup>334)</sup> Ebenda, S.5f 참조.

<sup>335)</sup> Ebenda, S.6.

<sup>336)</sup> ‘법률의 우위’ 원칙에 대하여는 후술한다.

<sup>337)</sup> 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 20면 참조.

토 마이어가 법치국가 행정법의 전제조건으로 이해한 헌법국가의 핵심적 요소를 이루는 권력분립은 결국 오토 마이어에 있어서 행정법의 전제조건이 되는 것이라 할 수 있다.

### 3. 법률의 지배

#### (1) 의의

오토 마이어는 권력분립은 법률의 지배를 사법(司法)의 영역에서뿐만 아니라 행정의 영역에서도 확보한 것이라고 설명한다.<sup>338)</sup> 그는 법률의 지배에 대한 설명을 ‘국가의사’(Staatswille) 개념으로부터 시작한다.<sup>339)</sup> 오토 마이어에 따르면, 최상위의 의사로서의 국가의사는 국가의 이름으로 국가기관에 의하여 표시되고, 그러한 의지는 공권력을 부여받으며, 공권력의 힘에 의해 국민에 대한 관계에서 법적으로 보다 우월한 의사로서 효력을 갖는다.<sup>340)</sup> 이러한 국가의사는 동일한 효력과 가치를 갖는 것이 아니라, 어떠한 기관에 의하여 나타나는가에 따라 차등적 성격을 가지고, 여기에서 국가행정의 내부적 질서가 나타난다고 한다.<sup>341)</sup>

국가의사 중에 최고의 유형은 법률의 이름으로 표현되는 국가의사, 즉 법률의 형태로 나타나는 국가의사이다. 법규를 만들 수 있는 능력을 국가의사에 부여하는 힘을 입법권이라 하는데, 이러한 입법권에 의하여 법률의 형태로 나타나는 국가의사가 다른 형태로 나타나는 국가의사보다 법적으로 보다 높은 가치를 갖게 된다고 한다.<sup>342)</sup>

오토 마이어는 법치국가의 전제를 헌법국가로 보았는데, 그의 헌법국가에서는 이러한 법률은 의회에 의해서만 나타날 수 있고, 법률은 집행권에 대하

---

<sup>338)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.62 참조.

<sup>339)</sup> Ebenda, S.64 참조.

<sup>340)</sup> Ebenda, S.64 참조.

<sup>341)</sup> Ebenda, S.64 참조.

<sup>342)</sup> Ebenda, S.64 참조.

여 우월한 지위를 갖는다. 그러한 지위는 “법률이 헌법에 따라 이미 사법권에서 차지하고 있는 지위를 그대로 따르는 것”<sup>343)</sup>이었다.

## (2) 구성요소

오토 마이어는 법률의 지배를 구성하는 세 가지 요소로 법률의 법규창조력, 법률의 우위, 그리고 법률유보를 설명한다. 먼저 헌법에 따라 제정된 법률은 법규를 만들 수 있는 능력을 갖고, 이러한 법률을 헌법에 따라 제정·공포할 수 있는 능력은 예전에는 군주와 의회에 속하였지만, 이제는 의회에만 전속적으로 속하는 것이라고 설명한다. 법률은 법규를 창조하는데, 그러한 법규를 행정을 위하여 제공해 주어야 하는 역할을 담당한다.<sup>344)</sup>

다음으로 오토 마이어는, 가장 강력한 유형의 국가의사인 법률이 다른 모든 국가의사의 표시보다 법적으로 우월한 효력이 인정되는 것을 ‘법률의 우위’로 설명한다.

“법률은 오로지 법률에 의하여서만 폐지될 수 있고, 법률과 모순되는 것은 법률의 입장에서 모두 효력이 없도록 한다. 이것이 바로 우리가 말하는 법률의 우위이다.”<sup>345)</sup>

오토 마이어는 이어서, 집행권의 성격으로부터 ‘법률유보’의 필요성을 도출한다. 즉, 집행권은 사법권에 비하여 법률에의 종속성이 약하고 그 자체로 보다 자유로운 성격을 갖기 때문에, 사법권의 판결이 법규 이외의 다른 것에 기초를 둘 수 없는 것과는 달리, 집행권은 자신이 가지고 있는 힘을 법률의 근거가 없더라도 실현시킬 수 있는 성격을 가지고 있음을 지적한다.<sup>346)</sup> 그리고 이와 같이 집행권이 법률의 근거 없이도 독자적으로 조치를 취하는 것을

<sup>343)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.65.

<sup>344)</sup> Ebenda, S.73 참조.

<sup>345)</sup> Ebenda, S.68.

<sup>346)</sup> Ebenda, S.69-70 참조.

배제하기 위하여 ‘법률유보’ 개념이 필요하다고 주장한다.

“행정 작용은 사법 작용과 같은 그 정도로 법률에 종속적이 될 수는 없다. (중략) 모든 측면에 있어서, 집행권은 그 자체로 자유롭다; 집행권은 자신이 가지고 있는 힘을 법률의 근거가 없더라도 실현시킨다. 우리는 집행권의 독자적인 행동(조치들)의 배제를, 법률의 유보라고 부른다.”<sup>347)</sup>

오토 마이어에 따르면 이러한 법률유보는 집행권을 제한하는 측면으로만 작용하는 것이 아니라, 오히려 ‘권한 확대’(Machterweiterung)로 작용하기도 한다.<sup>348)</sup> 즉, 법률유보를 통하여 집행권은 자유권과 소유권에 대한 침해로 내용으로 하는 법률과 결합하여, 그 법률의 구속력의 힘으로 개별 사안에서 개인의 자유권과 소유권을 침해하는 내용의 집행권 행사를 할 수 있게 된다는 것이다.<sup>349)</sup>

“집행권은 법률을 따라 금지된 영역 안으로 들어갈 수 있게 된다.”<sup>350)</sup>

### 제3절 오토 마이어의 행정

오토 마이어는 행정 개념에 대한 논의를 국가 개념에서부터 출발하여, “공동체로서의 국가의 목적을 실현하기 위한 활동”<sup>351)</sup>을 의미하는 일반적 의미의 행정에서 자신의 ‘행정’ 개념을 도출하려 한다.

---

<sup>347)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.69-70.

<sup>348)</sup> Ebenda, S.72 참조.

<sup>349)</sup> Ebenda, S.72-73 참조.

<sup>350)</sup> Ebenda, S.73.

<sup>351)</sup> Ebenda, S.1.

## I. 행정 개념의 전제인 사법과 입법

### 1. 의의

오토 마이어에 따르면, 행정법학의 연구대상인 행정의 개념은 국가의 세 가지 작용인 입법 및 사법 개념과 함께, 개념 필연적인 용어 자체의 개념으로부터는 도출될 수 없고, 역사적으로 그 개념이 성립되어 온 특성을 포착하여 이해되어야 한다.<sup>352)</sup>

원래 입법(Gesetzgebung), 사법(Justiz), 행정(Verwaltung) 개념은 국가작용이라는 이름으로 불렸으나, 단계적으로 사법이 먼저 국가작용에서 분리되고 새로운 헌법의 형성과 함께 입법이 분리되었고, 나머지 국가작용 중에서 “국가 목적을 실현하기 위한 나머지 활동”<sup>353)</sup>이 통치(Regierung)작용을 남겨둔 채 분리되었는데 이것이 행정이라고 설명한다.<sup>354)</sup>

### 2. 국가작용으로부터 사법(司法)의 분리

#### (1) 종래의 사법 개념

‘사법’(Justiz)이란 종래에는 국가가 고권적 권위를 가지고 법질서 유지를 위해 수행하는 국가 활동을 의미한 것이었다면, 이제는 민사재판소와 형사재판소의 구성이라는 역사적 요소를 포함하여 새로운 개념으로 사법을 정의할 수 있게 되었다고 설명한다.<sup>355)</sup> 그에 따라, 오토 마이어는 사법을 “법질서 유지를 위한 고권적 작용으로, 정식 재판소에 의한 작용”<sup>356)</sup>으로 정의한다.

---

<sup>352)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.3 참조.

<sup>353)</sup> Ebenda, S.2.

<sup>354)</sup> Ebenda, S.2 참조.

<sup>355)</sup> Ebenda, S.5 참조.

<sup>356)</sup> Ebenda, S.5.

## (2) 새로운 사법 개념

새로운 개념에 따르면 사법은 민사재판소와 형사재판소와 같은 정식의 ‘정규 재판소’(ordentliche Gericht)라는 인적 요소와 ‘공동체를 위한 공적 작용’이라는 실체적 요소를 모두 충족시켜야 한다.<sup>357)</sup> 두 가지 요소 모두를 충족시켜야만 사법 작용이 될 수 있으므로, 모든 종류의 공증(Beurkundung), 인가(Genehmigung), 감독조치(Beaufsichtigung) 등과 같이 사익의 보호나 후견적 보호의 실행을 위하여 행하여지는 ‘비송사건’(freiwillige Gerichtsbarkeit)에 속하는 공적 행위들은 그 내용과 형식은 정규 재판소의 활동에 상응하는 것이어서 실체적 요소는 충족하지만, 정규재판소가 아닌 ‘행정관청’이 수행하고 있으므로 인적 요소를 충족하지 못하여 결국 ‘사법’의 개념에서 제외된다고 한다.<sup>358)</sup> 마찬가지로 ‘행정사법’(行政司法; Verwaltungsrechtspflege)은 실질적으로는 완벽하게 민사재판과 동일한 본성을 가지지만, 활동의 주체가 정규 재판소가 아니라 행정관청에 해당하는 행정재판소이므로, 인적 요소를 충족하지 못하여 사법의 개념에 포함되지 않게 된다.<sup>359)</sup>

## 3. 국가작용으로부터 입법(立法)의 분리

### (1) 종래의 입법 개념

오토 마이어에 따르면, 입법 개념은 종래에는 법규를 정립하는 최고 권력자로서의 왕의 활동을 의미하는 것이었는데, 헌법국가의 도래에 따라 ‘국민대표의 협력’이라는 역사적 요소에 의한 개념적 추가물을 포함하게 되었다고

<sup>357)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.5-6 참조.

<sup>358)</sup> Ebenda, S.6 참조.

<sup>359)</sup> Ebenda, S.6-7 참조. 한편, 오토 마이어는 그밖에 물적 행정이나 건물 관리와 같은 법원행정 사무의 경우에는 재판소가 수행하기 때문에 인적 요소는 충족하지만, 공동체 보호를 위한 고권적 활동이라는 실체적 요건에 해당하지 않으므로 ‘사법’의 개념에서 제외된다고 한다. Ebenda, S.7 참조.



한다.<sup>360)</sup> 즉 최고의 권위에 의한 법규의 제정 작용이라는 점에서 종래의 정의와 동일하나, 이러한 작용이 국민대표기관을 통해서 승인되어야 하는 요건이 추가된 것이다.<sup>361)</sup>

## (2) 새로운 입법 개념

새로운 개념에 따르면, ‘입법’ 개념은 그 작용의 실체적 요소로서 법규를 정립하는 국가작용이라는 요건과, 인적 요소로서 국민 대표기관의 협력과 승인이라는 활동주체의 요건을 모두 충족시킬 것을 요구받게 되었다.<sup>362)</sup> 그 결과, 종래 왕에 의해서 또는 의회 밖에서 법규를 결정할 수 있었던 ‘명령’(Verordnung)의 형식은 국민 대표기관의 협력과 승인이라는 인적 요소를 충족하지 못하기 때문에 더 이상 입법의 개념에 포함되지 못하게 되었다.<sup>363)</sup>

## II. 행정 개념의 소극적 정의

### 1. 입법과 사법 개념의 확장을 통한 행정의 개념 정의

#### (1) 행정의 개념: 입법이나 사법이 아닌 것

오토 마이어는 입법·사법의 개념 정의에 있어, 무엇보다도 새로운 개념적 요소로 추가한 ‘인적 요소’를 중시하였다. 입법에 있어서는 ‘국민대표기관인 의회’의 권력으로부터 기인한 작용이면 입법으로 보았고, 사법의 경우 ‘정식 재판소’로부터 분리되면 곧바로 행정으로 보았다. 여기에서 오토 마이어의 행정 개념이 일차적으로 도출된다. 즉, 행정이란 “국가 활동으로서 입법이나

---

<sup>360)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.4 참조.

<sup>361)</sup> Ebenda, S.4 참조.

<sup>362)</sup> Ebenda, S.4-5 참조.

<sup>363)</sup> Ebenda, S.5 참조.

사법이 아닌 것”<sup>364)</sup>을 의미하게 되는 것이다.

## (2) ‘헌법적 보조작용’의 분리

그러나 국가 활동으로서 입법이나 사법이 아닌 것이 모두 오토 마이어의 행정 개념에 속하는 것은 아니다. 오토 마이어는 우선 그러한 작용 중에서 ‘헌법적 보조작용’(verfassungsrechtliche Hilfstätigkeit), 즉 헌법이 제대로 갖추어지고 작동하기 위해 필요한 여러 가지의 사무처리 작용을 제외하였다. 오토 마이어는 헌법적 보조작용의 유형으로 두 가지를 들고 있다.

오토 마이어가 제시하는 헌법적 보조작용의 첫 번째 유형은, 국가의 이름으로 행하는 작용이 아닌 최고 권위의 내부적 과정에 불과한 행위이다. 그 예로는 군주의 양위, 제국 의회의 해산, 국민투표 결정, 제국의회에 의한 제국 대통령의 해임신청 등이 있다. 다음으로, 헌법적 보조작용의 두 번째 유형은 국가의 행위가 첫 번째 유형과는 달리 국가의 내적 영역을 떠나서 대외적으로 등장하는 경우에도 헌법상황에 대한 단순한 ‘보충적 성격’만을 갖는 경우를 말하는 것이다. 여기에는 의회의 선거를 위한 선거 공고와 선거 시행, 국가 영토의 변경을 위한 결정, 연방에의 편입 또는 축출 등이 포함된다고 한다.<sup>365)</sup>

## 2. 행정 개념에 대한 새로운 역사적 추가물: 법치국가의 요청

다음으로, 행정 개념도 입법과 사법 개념과 마찬가지로 ‘역사적으로 새로운 추가물을 얻게 되었음’을 강조하는데, 그것은 바로 새로운 헌법의 도입에 따른 “법치국가의 요청”<sup>366)</sup>(Forderung des Rechtsstaates)이다. 즉, 국가목적 실현을 위한 활동이라고 하더라도 “새롭게 만들어진 형태의 입법기관에 의

<sup>364)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.7.

<sup>365)</sup> Ebenda, S.7-8 참조.

<sup>366)</sup> Ebenda, S.9.

한 입법에 따른 국가의 법질서 아래에 있어야<sup>367)</sup> 하는, 즉 입법에 복종하여야 한다는 요청에 구속되어야 한다는 것이다.<sup>368)</sup> 이러한 요건을 갖춘 작용만이 행정의 개념에 포함되게 된다.

그 결과, 국가목적 실현을 위한 활동 중에서 법질서의 영역을 벗어나거나, 법질서를 어기게 되는 활동들은 모두 행정의 개념을 벗어나 제4의 영역인 ‘통치’(Regierung)의 영역에 머무르게 되었다.<sup>369)</sup> 오토 마이어에 따르면, 법질서 영역을 벗어나는 국가 목적의 실현 작용은 행정에 포함되지 않고 통치의 영역에 남게 되는데, 국제법 관계와 전쟁의 수행이 여기에 해당한다고 한다. 국제법 관계는 국가 목적의 실현 작용에 해당하지만, 법질서의 규율 아래에 있지 않고 국제법의 적용대상이므로 행정의 개념에 포함되지 않게 된다. 전쟁 수행의 경우에도 마찬가지로 국가목적의 실현 작용에 해당하지만, 국제법의 적용대상이므로 행정이 아닌 다른 영역에 포함된다. 오토 마이어는 그 외에도 내전, 폭동의 진압, 군사명령 등을 이러한 유형으로 제시하였다.<sup>370)</sup> 다음으로, 오토 마이어는 ‘법질서를 어기게 되는 국가목적 실현 작용’에 해당하여 ‘통치’의 영역에 남게 되는 대표적인 예로 ‘국가긴급권’(Staatsnotrecht)을 들고 있다.<sup>371)</sup>

## 제4절 비교 및 평가

### I. 국가

로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어는 모두 ‘국가’에 대하여는 헤겔의 사상에

---

<sup>367)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.9.

<sup>368)</sup> Ebenda, S.9 참조.

<sup>369)</sup> Ebenda, S.9-11 참조.

<sup>370)</sup> Ebenda, S.9-10 참조.

<sup>371)</sup> Ebenda, S.11 참조.

기초를 두고, 국가를 유기체적으로 이해하고 그 자체의 목적을 가진 조직으로 파악하고 있다는 점에서는 공통점이 있다. 다만, 로렌츠 폰 슈타인은 국가의 목적을 보다 강조하고, 국가를 정치적·철학적으로 이해하였음에 비하여, 오토 마이어는 국가를 ‘영조물’로 보아 법적으로 이해하였다는 점에서 차이가 있다고 할 수 있다.

국가의 ‘목적’에 대하여는, 양자 모두 그 존재를 긍정하는데, 로렌츠 폰 슈타인은 국가의 목적에 대한 적극적 실현, 즉 개인의 진정한 자유의 실현을 중시한 반면, 오토 마이어는 국가의 목적 자체는 법학의 대상으로 파악하지 않았다는 점에서, 두 사람 사이에는 국가목적에 대한 인식의 차이가 존재하는 것으로 볼 수 있다.

## II. 행정

로렌츠 폰 슈타인에 있어 행정은 국가의 목적을 달성하기 위한 적극적인 사회형성작용을 의미하는 것이었다. 그래서 그의 행정이론의 핵심 개념은 ‘일하는 국가’이다. 이 개념은 오토 마이어의 『독일행정법』에도 ‘행정을 하는 국가’(verwaltender Staat)라는 표현으로 여러 차례 나타나고 있다. 또한 오토 마이어는 행정을 기본적으로 국가의 목적 실현을 위한 작용으로 보고 있으므로, 로렌츠 폰 슈타인의 관점과 기본적인 면에서는 다르지 않은 것으로 보인다.

다만, 오토 마이어의 행정 개념에는 ‘법치국가적 요청’이 추가되었다는 점에서 로렌츠 폰 슈타인의 개념과는 차이가 있다. 오토 마이어는 법치국가의 요청을 역사적으로 수용함으로써, 행정 개념은 ‘법질서 아래에서’ 국가목적 실현하기 위하여 수행하는 국가작용으로 되었다고 설명한다. 그러한 작용 중에서 가장 먼저 분리된 사법 개념을 제외한 나머지 즉, “국가의 법질서 아래에서, 국가의 목적을 실현하기 위한 국가 활동으로, 사법 이외의 것”<sup>372)</sup>이 최종적인 행정 개념으로 정의되었다.

<sup>372)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.13.

오토 마이어의 행정에 대한 개념 정의는 오늘날에도 행정 개념에 대한 소극설<sup>373)</sup>로 이어지고 있고, 현재 독일의 통설은 별도의 불복방법이 마련되어 있는 입법과 사법을 제외한 나머지 모든 국가작용을 행정으로 파악하여, 행정소송의 대상을 확대하기 위하여 소극설을 채택하고 있다고 한다.<sup>374)</sup> 이와 같은 행정에 대한 소극적 개념정의에 대하여는, 행정과 사법의 관계를 이해하는데 전혀 도움을 주지 못한다는 비판<sup>375)</sup>과 ‘민주’의 자각을 통한 새로운 개념적 성찰이 필요하다는 비판<sup>376)</sup>이 제기되고 있다.

한편, 오토 마이어의 행정에 대한 소극적 개념 정의는 1800년대 후반 독일에서 행정 영역이 국가의 작용 중에서 입법과 사법 영역과는 달리 부르주아 계급에 의한 근대화가 아직 달성되지 않은 영역이었다는 오토 마이어 당시의 시대 상황을 반영하고 있는 것이라는 관점에서도 설명되고 있다.<sup>377)</sup> 이와 유사한 관점에서, 오토 마이어의 행정에 대한 소극적 개념 정의는 법치국가의 확대를 위한 것으로 볼 수 있을 것이다. 즉, 오토 마이어는 행정 개념의 새로운 추가물로 ‘법치국가의 요청’을 들고 있는데, 이와 결합하여 행정 개념을 소극적으로 정의함으로써 국가작용 중에서 법질서 자체인 입법과, 법에 따른 재판을 하는 사법을 제외한 나머지 영역에서 법질서 아래로 들어오는 작용인 ‘행정’의 개념을 넓게 정의함으로써 법치국가의 적용범위를 통치 작용 등 불가피한 일부 작용을 제외한 국가작용 전반으로 확대하게 된 것으로 볼 수 있을 것으로 생각된다.

<sup>373)</sup> Ehlers/Pünder(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, S.10;

Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.2-3 등 참조.

<sup>374)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 99면 참조.

<sup>375)</sup> 박정훈, 전거서, 99면 참조. 여기에서는 행정과 사법의 관계를 정확하게 파악하기 위해, 켈젠의 ‘행정과 사법의 실질적 동일성’ 테제를 활용할 것을 제안한다.

<sup>376)</sup> 박정훈, “행정법학의 과제와 임무 - 행정법학의 미래: ‘민주’ 및 ‘민주적 합의’의 자각”, 한국공법학회 2016년도 공법학자대회 자료집, 한국공법학회 (2016.12), 71면 참조.

<sup>377)</sup> Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S.13 참조.

## 제3장 행정법과 행정법학

본장에서는 국가와 행정에 대한 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 이해를 기초로, 행정에 대한 법인 ‘행정법’과 행정법의 학문인 ‘행정법학’에 대한 두 사람의 인식을 살펴본다.

### 제1절 로렌츠 폰 슈타인의 행정법과 행정법학

#### I. 행정법

##### 1. 로렌츠 폰 슈타인의 공법체계

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 국가는 유기적인 실체이므로 국가의 모든 유기적인 구성 요소들은 각자 고유한 법을 갖는다고 한다. 국가의 유기적인 체계에 따라 각 구성요소들이 갖는 법들의 체계가 ‘공법체계’가 되는데, 로렌츠 폰 슈타인은 그것을 ‘국법’(Staatsrecht)이라고 하고 그 성격을 국가 인격의 법으로 보았다. ‘국법’은 그래서 국가원수(Staatsoberhaupt)의 법, 헌정(Verfassung)의 법, 그리고 행정의 법을 포함하고, 행정의 법에는 집행권의 법과 고유한 행정의 법이 포함된다.<sup>378)</sup> 그리고 로렌츠 폰 슈타인은 행정에 고유한 법, 즉 ‘내무행정법’을 행정법으로 파악한다.

##### 2. 내무행정법

로렌츠 폰 슈타인은 내무행정을 “거대한 국가생활의 기능”<sup>379)</sup>이라고 하면

---

<sup>378)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.9-10 참조.

서, 그러한 각 내무행정의 기능 영역에 대응하는 법을 ‘내무행정법’(inneres Verwaltungsrecht)이라 하였다.<sup>380)</sup> 그에게 있어 내무행정법은 행정작용을 인도하는 공식적인 국가의 의사의 결정의 총체로서, 국가의 총체적 견해를 통하여 국가의 독자적인 내적 가치의 고유한 범위가 그 내부 제도에 나타나도록 하는 역할을 수행하는 것이다.<sup>381)</sup>

그는 이것을 내무행정법의 ‘정신’(Geist)이라고 표현하였는데, 이러한 정신은 결국에는 개별 법률(Gesetz)의 형태로 나타나고, 그러한 개별 법률은 다른 법률들과의 상호간의 연결된 관계 속에서만 파악될 수 있으며, 그래서 내무행정법은 어느 시대에도 어느 국가에서나 하나의 ‘전체’(Ganz)로 나타난다고 한다.<sup>382)</sup> 그리고 내무행정법에 대한 진정한 학문은 이러한 전체의 관점에 따라서 나아가야 한다고 한다.<sup>383)</sup>

### 3. 내무행정법의 영역

#### (1) 총론 영역

로렌츠 폰 슈타인은 집행권과 집행권의 조직·기관·법령 등에 대한 법규정의 총체로서 내무행정에 적용되는 것을 내무행정법 총론으로 파악하였다.<sup>384)</sup> 또한 그는 내무행정의 개별 영역은 그 안에 각자의 총론을 가지고 있는 것으로 이해하였다. 그래서 내무행정법의 총론은 내무행정법 전체에서뿐만 아니라, 내무행정의 개별 영역에서도 존재할 수 있다고 보았다.<sup>385)</sup>

379) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.41.

380) Ebenda, S.41 참조.

381) Ebenda, S.41 참조.

382) Ebenda, S.41 참조.

383) Ebenda, S.41 참조.

384) Ebenda, S.41 참조.

385) Ebenda, S.41 참조.

## (2) 개별 행정법 영역

### 1) 개별 행정법의 형성

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 개별 행정법 영역은 각 행정의 임무에 따른 독립·개별적인 영역에 적용되는 법률 또는 법률조항을 가지고 있다.<sup>386)</sup> 이러한 개별 법률 또는 법률 조항의 법형성이 진행되는 단위는 바로 ‘행정의 체계’이다.<sup>387)</sup> 즉, 행정의 체계에 따라 각 개별 영역의 법이 형성된다는 것이다.

개별 영역의 법이 형성되는 과정에 대하여, 로렌츠 폰 슈타인은 먼저 ‘정신’(Geist)에 주목한다. 그에 따르면, 행정법의 정신으로부터 개별 규정들이 발생하는데, 그러한 개별규정들은 당시에는 가장 산만한 상태로 공포되었고, 그래서 개별규정 스스로는 제도(Wesen)를 형성하기 어렵다고 한다.<sup>388)</sup>

### 2) 법률의 성격을 갖는 행정법과 명령의 성격을 갖는 행정법

로렌츠 폰 슈타인은 개별 규정들은 법형성에 이르지 못하였음을 강조하면서, ‘법률의 성격을 갖는 행정법’(gesetzmäßiges Verwaltungsrecht)과 ‘명령의 성격을 갖는 행정법’(verordnungsmäßiges Verwaltungsrecht)이라는 개념의 구별로부터 새로운 설명을 시작한다. 그에 따르면, 모든 행정법은 법률의 성격을 갖는 행정법과 명령의 성격을 갖는 행정법으로 나뉘는데, 전자는 일반적인 것을 후자는 구체적인 것을 규정하므로, 명령의 성격을 갖는 행정법은 특정한 질문과 상황에 대한 특별한 적용을 본질적으로 주요 내용으로 하게 된다고 한다.<sup>389)</sup>

---

<sup>386)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.41 참조.

<sup>387)</sup> Ebenda, S.41 참조.

<sup>388)</sup> Ebenda, S.41 참조.

<sup>389)</sup> Ebenda, S.41 참조.



그래서 ‘인간생활 전체에 대한 기초와 원리’에 대한 높은 수준의 이해를 전제로 하는 법률의 성격을 갖는 행정법과는 달리, 명령의 성격을 갖는 행정법은 ‘사물 그 자체로부터’ 생성된다고 한다.<sup>390)</sup> 법률의 성격을 갖는 행정법은 항상 ‘높은 정신적 발전단계’에 있는 반면에, 명령의 성격을 갖는 행정법은 ‘실제의 생활 속에서’ 생성된다고 한다.<sup>391)</sup> 전자는 오래 지속되지만, 후자는 빠르게 변하고, 양자는 서로 대체하면서 생활(Leben)을 완성하지만, 그 효과는 상호적이라고 한다.<sup>392)</sup>

### 3) 행정학에 의한 지도의 필요

로렌츠 폰 슈타인이 법률의 성격을 갖는 행정법 개념과 명령의 성격을 갖는 행정법 개념의 구별을 통하여 설명하고자 한 것은, 바로 행정원리에 대한 학문 즉 ‘행정학’의 필요성이다. 그는 “내무행정의 최상의 목표는 존재하는 모든 행정법을 집대성하여 법전화(Kodifikation)하는 것”<sup>393)</sup>이라고 하면서, “명령의 규정들이 확고하고 유기적인 법률로 되어가는 동안에도, 다시 명령은 법률로부터 생성되고, 법률과 함께 거대한 생활의 전체를 형성하게 된다.”<sup>394)</sup>고 한다. 그러므로 내무행정의 최상의 목표인 행정법의 법전화에는 도달하기 어렵다는 결론에 이르게 된다.<sup>395)</sup>

그의 설명에 따르면, 행정법 중에서 법률의 성격을 갖는 행정법은 인간 생활 전체에 대한 기초와 원리에 대한 높은 수준의 이해가 전제되고 있지만, 명령의 성격을 갖는 행정법은 그러하지 못하다. 그래서 로렌츠 폰 슈타인은 명령의 성격을 갖는 행정법에 대하여는, ‘학문’, 즉 ‘행정학’을 통하여 높은

---

390) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.41 참조.

391) Ebenda, S.41 참조.

392) Ebenda, S.41 참조.

393) Ebenda, S.42.

394) Ebenda, S.42.

395) Ebenda, S.42 참조.

수준의 통일체, 즉 행정법의 정신이 주어져야 한다고 설명한다.<sup>396)</sup> 그 결과로, 그는 “그래서 행정학은 행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초가 된다.”<sup>397)</sup>는 결론을 제시한다.

## Ⅱ. 행정법학

### 1. 법에 대한 인식: 인격과 생활

로렌츠 폰 슈타인은 법의 개념을 ‘인격’(Persönlichkeit)과의 관계로부터 파악한다. 그에 따르면, 법은 각 인격이 다른 인격에 대하여 위반할 수 없는 경계선이다. 인격은 각각 그 고유한 실체를 외부로 표현하게 되는데, 로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 개인의 자기결정은 본질적으로 다른 사람의 자기결정을 침해할 수 없으므로, 결국 인격의 발현 범위와 법의 경계는 동일하게 되고, 법은 인격이 형성하는 생활에 대하여 모든 활동과 모든 부분에 대하여 유효하게 된다.<sup>398)</sup> 그래서 그는 “법에 의하여 보호되는 것이 무엇인지 알고 싶다면, 인격을 통하여 무엇이 형성되었는지를 질문하여야 한다.”<sup>399)</sup>고 설명한다.

법에는 개인의 인격이 형성하는 ‘생활’의 구체적인 형성물이 포함되는데, 여기에는 철학적인 생각뿐만 아니라 객관적 사실도 포함된다. 법은 현실적인 인격을 위해서 존재하는 것이고, 본성(Natur)이나 정신(Geist)을 위해 존재하는 것은 아니며, 모든 특정한 법의 내용은 항상 ‘인격’의 본질로부터 발생하는 관계에 의한 것이어야 한다. 그래서 로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 법을 이해하기 위해서는 “법의 근원 안에 있는 ‘개인의 생활’을 이해하여야”<sup>400)</sup> 하는 것이 된다.

---

<sup>396)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.42 참조.

<sup>397)</sup> Ebenda, S.42.

<sup>398)</sup> Ebenda, S.9 참조.

<sup>399)</sup> Ebenda, S.9.

<sup>400)</sup> Ebenda, S.9.

## 2. ‘법’에 대한 학문: 법기술과 법학

로렌츠 폰 슈타인은 법을 이해하기 위해서는 법의 개별조항이 아니라, 법의 근원 안에 있는 개인의 ‘생활’을 이해하여야 한다고 하면서, 그러한 법의 이해에 이르지 못하고 단지 개별적인 조항에 대한 지식에 그치는 경우를 ‘법기술’(Rechtskunde)이라고 하여, 진정한 의미의 법에 대한 학문인 ‘법학’(Rechtswissenschaft)과 구별한다. 그는 법이 개별적인 조항에 대한 지식으로 남아 있는 경우에는 ‘법기술’에 해당하고, 개별적인 법규들을 인격의 유기적인 활동의 결과로 이해하는 경우에는 이것을 ‘법학’에 해당하는 것이라고 설명한다.<sup>401)</sup>

## 3. 행정법의 학문

### (1) 법학의 대상

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 국가는 모든 개별 인격들의 인격적인 통일체이고, 국가에 의하여 개별 인격들의 독립성이 결정되므로, 국가의 ‘생활’에는 통일성(Einheit)과 독립성(Selbständigkeit)이라는 양면이 모두 존재하게 된다. 국가 생활의 통일성과 독립성의 관계로부터 발생하는 법규들 전체를 ‘공법’이라고 하는데, 공법은 국가의 통일성과 개인 사이의 경계에 대한 내용, 즉 독립성에 대한 내용을 모두 포함하게 된다.<sup>402)</sup>

로렌츠 폰 슈타인은 공법에 있어서는 그러한 통일성과 독립성에 대한 이해가 중요함을 강조한다. 즉, 공법에 있어서 실정 규범에 대한 지식에 그치는 것은 ‘법기술’이 되고, 위와 같은 국가의 독립성과 통일성에 대한 이해로부터 ‘법학’이 발전하게 된다고 설명한다.<sup>403)</sup> 그래서 행정법의 실정 규범에

---

<sup>401)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.9 참조.

<sup>402)</sup> Ebenda, S.9 참조.

대한 지식은 행정법에 대한 ‘법학’이 아니라 ‘법기술’에 그치는 것이 되고, 행정법의 ‘학문’이 되려면, 국가의 작용인 ‘행정’에 대한 이해가 필요하게 된다는 것이다.

## (2) 행정학에 연동된 ‘행정법의 학문’

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, ‘행정법의 학문’(Wissenschaft des Verwaltungsrechts)은 가장 넓은 의미의 행정의 법, 즉 행정 기능의 중요성과 전제조건으로서의 행정의 법을 대상으로 하게 된다고 한다.<sup>404)</sup> 그렇다면 ‘행정법의 학문’은 행정의 법을 행정이라는 기능의 중요성과 전제조건으로서 연구하는 것이 되므로, 결국 ‘행정법의 학문’은 독립적인 학문이 될 수 없고, 행정을 유기적인 기능으로 보면서 한편으로 행정을 법적으로 인식되는 사실로 보는 행정학과 ‘연동된 것’(Correlat)에 불과하다는 결론에 이른다.<sup>405)</sup>

더 나아가 로렌츠 폰 슈타인은 “법체계는 유기적인 체계와 일치하는 것이고 또한 일치하여야 한다.”<sup>406)</sup>고 하면서, 행정에 고유한 법체계라는 것은 존재할 수 없다고 한다. 로렌츠 폰 슈타인에 있어서는 행정법의 지도 원리인 ‘행정학’이 행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초가 되는 것이다.<sup>407)</sup>

## 제2절 오토 마이어의 행정법

오토 마이어는 권력분립의 개념에서 도출해 낸 ‘행정’ 개념에서 출발하여

---

<sup>403)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.10 참조.

<sup>404)</sup> Ebenda, S.10 참조.

<sup>405)</sup> Ebenda, S.10 참조.

<sup>406)</sup> Ebenda, S.42.

<sup>407)</sup> Ebenda, S.42 참조.

다시 ‘행정법’의 개념을 도출한다. 본 절에서는 오토 마이어의 행정법의 개념과 공법으로서의 행정법의 성격을 살펴보고, 오토 마이어의 행정법의 체계와 행정법의 법원(法源)에 대하여 살펴본다.

## I. 행정법의 개념

‘행정법’은 ‘행정에 관련된’ 또는 ‘행정에 속하는’ 법으로 정의된다.<sup>408)</sup> 오토 마이어에 있어서 법은 권력관계를 전제로 하는 것이고, 권력관계 안의 주체는 서로 대립한다. 그리고 이러한 관계는 ‘행정’ 개념에 따라 정해진다.<sup>409)</sup>

오토 마이어의 행정은 “국가의 법질서 아래에서 국가의 목적을 실현하기 위한 국가 작용으로, 사법 이외의 것”<sup>410)</sup>을 의미하므로, 행정법이 대상으로 하는 권력관계의 한쪽 당사자는 국가로 확정되고, 행정을 하는 국가의 반대편에는 국가 아래에 놓여있는 인적 공동체와 법인이 존재하게 된다.<sup>411)</sup> 여기에서 행정법은 “행정을 하는 국가와 그와 관련되는 신민들 사이의 관계를 정하는 법질서”<sup>412)</sup>라는 개념을 획득한다.

그러나 위와 같은 개념 정의만으로는 국가와 신민들 사이에 적용되는 모든 법이 행정법이 되기 때문에, 행정법에 대한 정확한 개념 정의로는 불충분하게 된다. 국가와 신민들 사이에 적용될 수 있는 다른 법률들을 제외하고 행정에 ‘특유한’ 법으로 행정법의 개념이 좁혀진다. 즉, 행정법은 “행정을 하는 국가와 그와 관련되는 신민 사이의 관계에 특유한 법”<sup>413)</sup>이 된다.

## II. 행정법의 성격: 공법

---

408) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.13 참조.

409) Ebenda, S.13 참조.

410) Ebenda, S.13.

411) Ebenda, S.13 참조.

412) Ebenda, S.13.

413) Ebenda, S.14.

오토 마이어에 있어 ‘공법’이란, “공권력의 주체가 관련되거나, 공권력이 직접 관련되는 관계에 대한 법질서”<sup>414)</sup>를 의미하는 것이다. 오토 마이어는 사물의 본성으로부터의 필연성을 근거로 하여 행정법의 공법성을 도출한다. 행정법은 한쪽 주체를 공동체인 국가로 하는 법이기 때문에, 국가의 공동체로서의 본성에서 발생하는 공권력이 나타나게 된다. 그리고 그러한 공권력은 다른 한쪽에 대하여 우월성을 갖는다.<sup>415)</sup>

공법의 개념 징표로 오토 마이어는 ‘공익’(öffentliches Interesse)을 들고 있다. 공익 개념은 예링이 주장한 것인데, 오토 마이어는 공익이 공법의 경계 획정을 위해 중요한 의미를 가진다고 한다. 다만, 공익 개념은 간접적으로, 그리고 법적으로 중요한 공권력이 관련되는 범위에서만 공법의 경계획정에 중요한 의미를 가진다고 한다.<sup>416)</sup>

오토 마이어는 공법을 세 가지 유형으로 구분하였다. 그는 사법(司法)에 있어서의 공법, 협의의 공법, 그리고 법원조직법과 행정조직법과 같이 사법과 행정 기능을 수행하는 행정관청을 조직하는 법을 공법으로 파악하였다.<sup>417)</sup>

공법의 영역과 관련하여, 오토 마이어는 라반트가 공법의 영역을 국민에 대하여 일방적 명령과 강제를 부과하는 부분으로 한정된 것에 비해, 공익 실현을 위한 국가작용을 모두 공법에 포함시킴으로써, 공법의 인식 영역을 넓혔다는 평가를 받고 있다.<sup>418)</sup>

### Ⅲ. 행정법의 체계

#### 1. 개요

<sup>414)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.15.

<sup>415)</sup> Ebenda, S.14-15 참조.

<sup>416)</sup> Ebenda, S.15 참조.

<sup>417)</sup> Ebenda, S.16-17 참조.

<sup>418)</sup> 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 26-27면 참조.

오토 마이어의 『독일행정법』은 서론, 총론 및 각론의 세 부분으로 구성되어 있다. 행정법 서론에서는 행정의 개념, 행정법과 행정법학에 대하여 서술한다. 행정법 총론은 다시 세 부분으로 나뉘는데, 제1부분은 독일 행정법의 역사적 발전 단계에 대하여, 제2부분은 행정법질서의 개요에 대하여, 그리고 제3부분은 행정쟁송에 대하여 각각 설명한다. 행정법 각론은 여섯 부분으로 나누어져 있다. 행정법 각론 부분은 경찰권(제1편), 재정권(제2편), 공물법(제3편), 특별이행의무(제4편), 특별취득(제5편), 법인격 있는 행정(제6편)으로 구성되어 있다.

## 2. 행정법 총론

오토 마이어는 행정법 ‘서론’ 부분에서 행정의 개념(제1장)을 설명하고, 행정법과 행정법학(제2장)에 대하여 설명한다.<sup>419)</sup> 행정법 ‘총론’의 제1부분인 ‘독일행정법의 역사적 발전단계’ 편에서는 역사적 발전 순서에 따라 제후권(제3장), 경찰국가(제4장), 법치국가(제5장)를 설명한다. 특히 경찰국가의 장에서는 ‘국고’(Fiskus)에 대하여 상세하게 설명하고 있다.<sup>420)</sup>

다음으로 행정법 총론의 제2부분인 ‘행정법질서의 개요’ 편은 행정법 총론의 핵심적인 부분이라고 할 수 있다. 행정법질서에 대하여 오토 마이어는 법률의 지배(제6장), 행정법규의 구속력(제7장), 행정법의 법원(제8장), 행정행위(제9장), 공적 권리(제10장), 행정법제도와 민사법과의 구별(제11장) 등으로 나누어 설명한다.<sup>421)</sup> 이 중에서도 핵심을 이루는 것은 ‘행정행

419) 『독일행정법』 제1장의 내용은 본 연구의 제2장 제2절과 제3절에서, 제2장의 내용은 본 연구의 제3장 제2절과 제3절에서 각각 다룬다.

420) 『독일행정법』 제3장 및 제4장의 내용은 본 연구의 제1장 제1절에서 다룬다.

421) 『독일행정법』 제6장과 제7장, 제11장의 내용은 본 연구의 제2장 제2절 및 제3장 제2절 등에서, 제8장의 내용은 본 절에서 각각 다룬다. 다만 본 연구에서는 ‘방법론’을 중심으로 하는 연구의 목적상 『독일행정법』 제9장과 제10장의 내용은 거의 다루지 않았다. 『독일행정법』 제9장의 오토 마이어의 행정행위에 대하여는 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004,

위'(Verwaltungsakt)라고 할 수 있다. 행정행위는 “개별 사안에서 국민에 대하여, 무엇이 법이어야 하는가에 대한 결정을 하는 행정에 속하는 고권적인 요구”<sup>422)</sup>로 정의된다. 오토 마이어에게 있어 행정행위는 민사판결의 대응물로, 적법성의 자기확인력(Selbstbezeugung)이라는 독특한 효력을 갖는다.<sup>423)</sup>

다음으로, 행정쟁송 편에서는 행정심판(제12장), 행정사법(제13장), 당사자(제14장), 행정재판의 종류(제15장), 행정재판의 법적 효력(제16장), 행정에 대한 민사법원의 관할권(제17장), 위법한 직무행위로 인한 배상책임(제18장)에 대하여 설명한다.

### 3. 행정법 각론

각론 편에서는 행정법의 공법적 성격을 대표하는 경찰권과 재정권에 대하여 『독일행정법』 제1권에서 다루고 있다. 각론 제1편인 경찰권에서는 경찰 개념의 발전단계(제19장), 경찰권의 한계(제20장), 경찰하명(제21장), 경찰허가(제22장), 경찰벌(제23장), 경찰강제로서 경찰상 강제집행(제24장), 직접강제(제25장), 실력사용을 통한 강제의 특성(제26장) 등을 다루고 있다.

각론 제2편인 재정권에서는 조세부과(제27장), 조세부과에 있어 국가와 국민의 권리(제28장), 완화된 납세의무(제29장), 재정하명(제30장), 재정벌(제31장), 재정강제(제32장) 등을 다루고 있다.

각론 제3편인 공물법에서는 공용수용의 절차(제33장), 공용수용의 효과(제34장), 공용재산의 범위(제35장), 공용재산의 법질서(제36장), 공물의 사용권과 공동사용(제37장), 사용허가(제38장), 임대사용(제39장), 강요된 공법상 사용(제40장), 공법상 소유권제한(제41장) 등을 다루고 있다.

---

서울대학교 석사학위논문 참조. 『독일행정법』 제10장의 공적 권리에 대하여는 김성수, “오토 마이어- 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가”, 공법연구, 제45집 제2호(2016.12), 237-238면 참조.

<sup>422)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.93.

<sup>423)</sup> 최계영, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 174-204면 참조.



각론 제4편인 특별채무(특별이행의무) 편에서는 공적근무(제42장), 국가직에의 고용(제43장), 강제근무와 맡겨진 명예직(제44장), 근무권(제45장), 근무관계에서 재산상 청구권(제46장), 공적 부담(제47장), 우선부담과 단체부담(제48장) 등을 다루고 있다.

각론 제5편인 특별취득 편에서는 공기업의 사용(제49장), 경영자의 권리와 의무(제50장), 보장된 영조물용익권(제51장), 영조물용익권의 부수적 권리(제52장), 공법적 배상(제53장), 배상사건의 불규칙적인 유형(제54장) 등을 다루고 있다.

각론 제6편인 ‘법인격 있는 행정’ 편에서는 공법상 법인격(제55장), 법인격 있는 공적 영조물(제56장), 공적조합(제57장), 지방자치단체(제58장), 단체대표권(제59장), 행정주체의 협력(제60장), 국가감독(제61장) 등을 다루고 있다.

#### IV. 행정법의 법원

오토 마이어는 행정법의 법원을 당시의 전형적인 분류에 따라 법률, 명령, 자치규정(정관), 관습으로 나누어 설명한다.<sup>424)</sup> 법치국가의 전제가 되는 헌법 국가에서는 정규의 법원은 오로지 법률과 법률로부터 도출된 유형으로서 법규로부터 만들어진 것만 있을 수 있다고 한다.<sup>425)</sup>

##### 1. 법률

오토 마이어는 행정법 법원 체계의 최상위에 ‘헌법에 따라 제정된 법률’(verfassungsmäßiges Gesetz)이 있다고 한다.<sup>426)</sup> 헌법에 따라 제정된 법률이란 오토 마이어에 따르면, 라반트가 말하는 ‘형식적 의미의 법률’에 해당하는 것으로, 국민의 대표로 구성된 의회에 의하여 만들어진 법률의 형태를

---

<sup>424)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.81 참조.

<sup>425)</sup> Ebenda, S.81.

<sup>426)</sup> Ebenda, S.81 참조.

가진 것을 의미<sup>427)</sup>하고, 그러한 법률은 정당하게 공포(Veröffentlichung)될 것을 요건으로 하는 것이다.<sup>428)</sup>

## 2. 명령

다음으로, 오토 마이어는 법률의 형태를 가지고 있지는 않지만 법적 효력을 가지는 국가의 의사표시에 해당하는 ‘명령’(Verordnung)을 행정법의 법원으로 설명한다.<sup>429)</sup> 이러한 명령은 법률의 형태로 되어 있지 않고, 또한 행정권은 입법권과는 달리 법규를 창조할 수 있는 능력을 갖고 있지 않기 때문에, 법규를 창조할 수 있는 능력을 가지고 있는 입법권으로부터 특별한 위임을 받아야만 법규로서의 명령을 발할 수 있게 된다.<sup>430)</sup> 이러한 위임은 개별 법률의 명시적 수권에 의하여야 하는데, 개별 법률은 다시 헌법규정에 의하여 위임을 할 수 있도록 허용되어야 하는 것이다.<sup>431)</sup> 이와 같은 법적 근거가 없이 만들어진 행정권의 의사표시는 법규가 될 수는 없으며, 단지 행정 내부적인 ‘직무명령’(Dienstanweisung)에 불과한 것이 된다고 설명한다.<sup>432)</sup>

오토 마이어는 명령과 구분하여 ‘행정규칙’(Verwaltungsvorschrift) 개념을 설명한다.<sup>433)</sup> 오토 마이어는 행정규칙은 전형적인 법규로서의 완전한 구속력을 가지지 못하고, 입법으로부터 파생된 권한에 의하여 특별한 권력관계에서만 효력을 갖게 된다고 한다. 행정규칙은 일반 국민에 대하여 효력을 미치지 않고, 권력관계 내에서 종사하고 있는 사람들에게만 효력을 미치고, 그래

---

<sup>427)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.64f(Fn.2) 참조. 라반트는 법률을 ‘실질적 의미의 법률’과 ‘형식적 의미의 법률’로 구분한다. 오토 마이어는 이 중에서 ‘형식적 의미의 법률’을 행정법의 법원으로서의 ‘헌법에 따라 제정된 법률’로 보았다.

<sup>428)</sup> Ebenda, S.82 참조.

<sup>429)</sup> Ebenda, S.82-83 참조.

<sup>430)</sup> Ebenda, S.83 참조.

<sup>431)</sup> Ebenda, S.83 참조.

<sup>432)</sup> Ebenda, S.83 참조.

<sup>433)</sup> Ebenda, S.84 참조.

서 형식적인 공포를 효력요건으로 하지 않게 된다. 그리고 이러한 행정규칙은 행정법의 법원이 될 수는 없다고 한다.<sup>434)</sup>

### 3. 자치규정과 관습법

자치규정(autonomisches Statut)은 명령과 마찬가지로 위임을 필요로 하는 법원으로 설명된다.<sup>435)</sup> 관습법(Gewohnheitsrecht)의 경우, 오토 마이어는 행정법 영역에서 관습법의 허용성을 부정<sup>436)</sup>하고 있어서, 행정법의 법원이 되지 않는다.

## 제3절 오토 마이어의 행정법학

오토 마이어의 행정법학은 독자적 학문으로서 독일 행정법학을 정립하는 것에 목적이 있었다. 그는 『독일행정법』 제3판의 서문에서, “이제 독일행정법은 사람들이 기뻐할 만한 하나의 ‘학문’(Wissenschaft)이 되었다.”<sup>437)</sup>고 선언하고 있다. 오토 마이어는 행정법학을 국법학으로부터 독립시키는 것은 물론이고, 특별히 국가학과 민사법학 사이에서 행정법학의 독자성을 확보하기 위하여 노력하였다.

### I. 국법학으로부터의 독립

오토 마이어는 행정법을 “행정을 하는 국가와 그와 관련되는 신민들 사이의 관계를 정하는 법질서”<sup>438)</sup>로, 그리고 “행정에 특유한 공법”으로 정의하였

---

<sup>434)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.84-85 참조.

<sup>435)</sup> Ebenda, S.85-87 참조.

<sup>436)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 125면 참조.

<sup>437)</sup> Otto Mayer, a.a.O., Vorwort.

다.<sup>439)</sup> 행정법학은 이러한 행정법에 대한 학문이다. 행정법학은 행정에 특유한 공법에 대한 학문으로, 역사적으로는 국법학으로부터 분리된 것이었다.<sup>440)</sup> 국법학은 공법에 대한 독자적인 학문 영역으로 인정받고 있었는데, 오토 마이어는 국법학이 특히 특유한 ‘법학적 기본이념’(juristische Grundidee)으로 인하여 학문적 독자성을 인정받은 것이라고 평가한다.<sup>441)</sup>

오토 마이어 당시에 국법이 행정 영역에 직접 적용되는 경우가 그 범위와 중요성 면에서 크게 증가하였는데, 오토 마이어는 이러한 현상에 대하여, 그것이 국가와 신민 사이의 관계가 헌법이나 행정명령에 의한 지배를 받는 것이 아니라, 국법학의 기초를 이루는 ‘법학적 기본이념’에 의한 지배를 받는 것이었다고 설명한다.<sup>442)</sup> 그리고 그 결과로, 국법의 일부인 행정법을 독립적으로 다루게 되었다고 한다. 그럼에도 행정법학의 대상인 행정법은 공법으로서의 본성을 여전히 가지고 있기 때문에, 특별한 유형의 공법인 행정법은 어디까지나 공법으로 설명되어야 한다고 한다.<sup>443)</sup>

## II. 국가학과의 관계

### 1. 행정법학의 국가학에의 의존

오토 마이어는 독일에 있어서 헌법과 행정법의 관계를 역사적으로 설명한다. 그에 따르면, 독일에서는 프랑스의 국법 이원론을 수용하여 국법을 헌법과 행정법의 두 부분으로 보았는데, 행정법에 대하여는 사람들이 잘 알지 못하였고, 헌법과 행정법의 구별은 자의적이고 무계획적이었다고 한다.<sup>444)</sup> 그

<sup>438)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.13.

<sup>439)</sup> Ebenda, S.14.

<sup>440)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.18 참조.

<sup>441)</sup> Ebenda, S.18 참조.

<sup>442)</sup> Ebenda, S.18 참조.

<sup>443)</sup> Ebenda, S.18 참조.

<sup>444)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18 참조.

래서 행정법은 잡다한 모든 것들을 느슨하게 늘어놓은 것이 되었고, 독일 법학 고유의 엄격한 체계에 대한 요구를 당시에 크게 번성하였던 국가학에의 의존을 통하여 해결하려 하였다고 설명한다.<sup>445)</sup>

## 2. 국가학적 방법의 특징

오토 마이어는 국가학적 방법에 대하여 다음과 같이 설명한다. 즉, 국가학적 관점에서는 다양한 국가 작용마다 그 목적에 따라 행정의 체계가 분류되었는데, 각 분야마다 ‘제도’(Wesen)가 존재했고, 그에 상응하는 법이 만들어지게 되었으며, 그러한 법들이 다시 체계를 형성하였다는 것이다.<sup>446)</sup>

각 행정 분야의 법규들은 국가학에 소재를 제공하는 역할을 하고, 국가학은 그러한 소재를 제공하는 법질서를 활용하여 ‘제도’(Wesen)로 연결하였다.<sup>447)</sup> 그래서 국가학적 방법으로 행정법을 설명하는 것은 다시 행정학으로 합류하게 되는 것이고, 이러한 방법은 행정법학이 아닌 것이 된다.

국가학적 관점에서의 설명은 그것이 행정 현실에 적합하였고 행정공무원의 수요에도 부응하였기 때문에 당시에 많이 활용되었지만, 오토 마이어는 국가학적 관점에서 행정법을 설명하는 방법은 통일성과 동질성이 없고 다양한 법규를 합쳐 놓은 것에 불과한 것이라고 평가한다.<sup>448)</sup>

## 3. 행정학과의 연결의 문제점

오토 마이어는 국가학적 방법에 의하여 행정법을 설명하는 경우에 다양한 법 소재에 대하여 설명할 수 있는 것이 아주 적다고 보았다.<sup>449)</sup> 행정법은 공법에 속하는 것이므로, 오토 마이어는 행정법학이 행정학과 연결될 필요가

---

<sup>445)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18 참조.

<sup>446)</sup> Ebenda, S.18 참조.

<sup>447)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.20 참조.

<sup>448)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18-19 참조.

<sup>449)</sup> Ebenda, S.20 참조.

없는 것이라고 강조한다.

“행정학과 연결될 필요는 없다. 행정학과의 연결은 많은 해로움을 가져온다. 행정학에서는 법학적인 것들은 산산이 흩어져버리고, 행정학 체계 내에서는 법적으로 중요한 의미가 사라져버리게 된다.”<sup>450)</sup>

행정법학은 행정학과의 연계를 통하여 국가학적 방법으로 법규의 ‘혼합체’(Konglomerat)를 설명하는 것이 아니라, 공법으로서 법학적 기본이념에 따라 행정법을 설명하는 것이어야 한다는 것이 오토 마이어의 행정법학에 대한 생각이다. 국가학적 방법은 오토 마이어에 따르면, 행정법학이 아닌 것이다.<sup>451)</sup>

“모든 내용을 고유한 법이념(Rechtsidee)에 따라 체계적으로 설명하고 종합하여 조직화하는 것을 통하여, 행정법학은 오래된 자매학문과 나란히 설 수 있게 된다.”<sup>452)</sup>

### Ⅲ. 민사법학과의 관계

#### 1. 행정법학의 독자성 인식

“행정법학은 민사법학과 같이, 스스로 설 수 있어야 한다.”<sup>453)</sup>는 것이 오토 마이어 행정법학의 목적이었다. 오토 마이어는 민사법학에서 발전한 ‘법학적 방법’을 행정법학에 도입하였지만, 행정법학과 민사법학의 차이점 및 행정법학의 독자성에 대한 분명한 인식을 가지고 있었다.

---

<sup>450)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.19.

<sup>451)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.21 참조.

<sup>452)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.20.

<sup>453)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.20.

“행정법학은 아직 젊은 학문이어서 안전한 바탕 위에 있는 민법학과는 대조된다. 행정법의 법제도는 훨씬 큰 상대방과의 끊임없는 투쟁을 통하여서만 얻어낼 수 있다.”<sup>454)</sup>

## 2. 민사법제도와와의 차이점 강조

오토 마이어는 민사법학으로부터 ‘법제도’(Rechtsinstitut)의 개념을 차용하면서도, 한편으로는 민사법제도와 행정법제도의 차이점을 강조한다. 즉, 민사법의 법제도는 주관적 권리에 중점을 두는 데 반하여, 행정법학은 국가와 국민 사이의 관계를 대상으로 하는 차이점이 있다는 것이다. 국가와 국민 사이의 관계는 ‘국가의사의 우월성’을 특징으로 하고, 국민 개인은 국가에 대하여 아무런 권한(Befugnis)을 가지지 못하기 때문에, 민사법학과 같은 권한 중심의 체계가 행정법학의 형성에 적합하지 않음을 지적한다.<sup>455)</sup>

“민법학은 개인의 법적 의사결정의 한계를 연구한다. 민법학의 법제도는 그 본성의 핵심을 다양한 유형의 주관적 권리에서 찾는다. 행정법학은 국가와 국민 사이의 관계에서의 공권력이 법적으로 제한되어 발현되는 것을 다룬다. 이러한 법적 제한은 주관적 권리에서는 가끔씩 드러난다. 주관적 권리는 정확하게 확정할 수 있는 형태가 아니다. 헌법의 범위 내부에서 그리고 법규와 행정행위의 다양한 유형의 사용에 비례하여 의심할 나위 없이 확실하고 변함없는 공권력의 발현 형태가 입증된다. 모든 것이 행정법의 법제도이다.”<sup>456)</sup>

오토 마이어는 행정이 본래의 위치에 머무르고 있는 경우를 ‘공행정’이라고 하면서, 국가와 국민 사이의 관계에는 이를 위하여 특별히 마련된 법인 ‘공법’이 적용되어야 하는 것이 원칙이고, 민사법이 적용되는 것은 예외적인 것이라고 설명한다. 오로지 재산법 규정의 적용과 관련된 경우에는, 국가는

<sup>454)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.114.

<sup>455)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.21-22 참조.

<sup>456)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.113.

국가로서가 아니라 하나의 개인이 행동하는 것처럼, ‘사경제적으로’(privatwirtschaftlich) 행동하여야 한다고 한다.<sup>457)</sup>

오토 마이어에 따르면, 민사법제도와 행정법제도의 경계설정에 있어서 과학적인 관찰을 통하여 독립적인 척도를 가져야 하고, 행정법학은 공법 영역에서 발생하는 문제에 대하여 어느 쪽으로 가야하는지 방향을 제시하여야 하며, 민사법과 공법 양쪽의 기준 중에서 어느 것을 가지고서라도 주어진 문제에 대하여 자연스럽고 직접적이고 모순이 없도록 설명해 낼 수 있어야 한다.<sup>458)</sup> 오토 마이어는 이러한 전제에서 민사법의 법제도와 공법의 법제도의 관계에 대하여 몇 가지 기준을 제시한다.<sup>459)</sup>

첫째, 유추해석의 방법으로 민사법 규정들을 끌어오는 것을 통하여 공법의 법제도를 향상시키고 보충하는 것은 허용되지 않는다고 한다.

“법적 유사성은 적용되는 입법의사의 해석을 통하여서만 효력이 있다; 공법적 관계는 민사법 범규의 입법의사에 있어서는, 어떠한 법적 유사성도 존재할 수 없다.”<sup>460)</sup>

둘째, 공법적이면서 민사법적인 공통의 법제도는 존재하지 않는다는 것이다.<sup>461)</sup> 이러한 예로 오토 마이어는 ‘계약’(Vertrag)을 들고 있다.

“(공통의 법제도라는) 이러한 방법으로 보다 젊은 공법 쪽으로 몰래 스며들려고 하는 것으로 사람들이 언급하는 그것은, 대부분 그야말로 민사법적인 법제도이다.”<sup>462)</sup>

---

457) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.115-116 참조.

458) Ebenda, S.116-117 참조.

459) Ebenda, S.117-118 참조.

460) Ebenda, S.117.

461) Ebenda, S.117f 참조.

462) Ebenda, S.118.



셋째, 직접적으로 민사법적 효력을 가지는 공법적 법제도는 존재하지 않는다고 한다.<sup>463)</sup> 법제도의 효력은 법제도의 일부분이고 법제도와 다른 본성이 될 수는 없다는 것이다. 넷째, 국가를 위하여 혼합된 법제도는 존재하지 않는데, 법관계의 확정된 유형을 위한 견고한 질서, 그 질서 안에서 국가가 개입하고 공법적인 측면과 민사법적인 측면을 모두 가질 수 있는 그러한 질서는 존재하지 않는다고 한다.<sup>464)</sup> 그는 경찰국가 시대의 확립된 이론인 ‘국가법인의 특유한 양면성’에 대한 오래된 이론론을 더 이상 믿지 않게 되었다고 설명한다.<sup>465)</sup> 오토 마이어는 이러한 기준을 통하여 민사법제도와 행정법제도의 차이점을 강조하고 공통적인 제도를 부정하여, 민사법제도로부터 독립적인 행정법제도를 확립하고자 하였다.

## 제4절 비교 및 평가

### I. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 특징

로렌츠 폰 슈타인의 행정법학의 핵심개념은 국가의 ‘생활’(Leben)과 그 생활 영역의 ‘제도’(Wesen)이다. 그는 내무행정의 영역을 세 개의 국가생활 즉 개인생활, 경제생활, 그리고 사회생활로 나누고, 그러한 생활 아래에 각 생활 영역의 제도가 있다고 한다. 그리고 각 제도에 대응하는 법이 존재하고 있는 것이라고 한다.

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 행정법은 국가 생활의 각 영역이 학문적 필요에 따라 나누어진 부문(Kategorie)의 제도로부터, 각각 그에 상응하는 법이 스스로 생겨난다는 것이다. 또한 로렌츠 폰 슈타인은 행정법에는 ‘행정학’을 통하여 행정법의 ‘정신’이 주어져야 한다고 보았고, 그래서 행정학이 행정법

<sup>463)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.118 참조.

<sup>464)</sup> Ebenda, S.118 참조.

<sup>465)</sup> Ebenda, S.118 참조.

체계의 본질적이고 필연적인 기초가 된다고 하였다. 그리고 그러한 행정법을 연구하는 학문은 로렌츠 폰 슈타인의 시각에서는 ‘행정’에 대한 연구를 하는 학문이므로 행정학과 연동된 것에 불과할 뿐 독립적인 학문은 될 수 없는 것으로 보았다.<sup>466)</sup>

오토 마이어는 이러한 로렌츠 폰 슈타인의 체계에 대하여 다음과 같이 평가한다.

“법과 법질서는 행정에 동반하게 되는데, 행정 작용의 다양성에 따라 적용되는 법규의 종류와 범위가 결정된다. 모든 개별 행정 영역에는 그 영역에 대응하는 법규가 있고, 그에 따라 법학이 있게 된다. 법질서는 이러한 방법으로 나누어질 수 있다.”<sup>467)</sup>

오토 마이어는 행정 작용에 따른 법질서를 설명한 후, 행정학 체계에 대하여 설명한다.

“국가학의 특별한 분과인 행정학은 국가작용의 내용에 대한 학문으로서, 국가작용을 ‘소재의 의미’(stoffliche Bedeutung)에 따라 분류한다. 행정학은 우리에게 실제로 일어난 것, 그것이 일어난 원인, 그리고 목적에 적합하기 위해서는 무엇을 하여야 하는지에 대하여 설명하는 학문이다. 이러한 방법으로 우리는 내무행정에 대한 행정학, 재정에 대한 행정학, 그리고 군대에 대한 행정학을 가지게 되었다. 이 중 내용이 풍부한 내무행정은 다시 그 대상에 따라 산업제도, 건강보건제도, 철도제도, 빈민구제제도 등으로 나누어진 다. 여기에 속하는 법질서가 이러한 행정학이 우리에게 제시하는 현실의 일부분을 형성한다.”<sup>468)</sup>

오토 마이어는 이러한 학문 영역의 “확실한 지도자는 로렌츠 폰 슈타

---

466) 로렌츠 폰 슈타인의 행정법학에 대하여는 82면 이하에서 상술하였다.

467) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.16.

468) Ebenda, S.16-17.

인”<sup>469)</sup>이라고 소개한다. 그리고 로렌츠 폰 슈타인의 방법론에 따른 법학에 대하여 설명한다.

“법학은, 그 대상을 얻은 이상, 그에 대한 연구를 하여야 한다. 행정학은 단지 전체적인 조망과 맥락에 필요한 설명을 제공하는 것에 지나지 않는다. 모든 개별 분야에 대하여 각각에 속하는 법규를 제시하고 설명하고 적용하는 것은 본질적인 것이다. 그래서 행정학은 국가학적 접근의 학문과 제도(Wesen)에 대응하는 법질서의 집단을 형성했는데, 그것은 재정법, 내무행정법, 교역법, 철도법, 물법, 빈민구제법 등등 그 소재에 따라 나눌 수 있을 만큼 나눌 수 있는 것이다.”<sup>470)</sup>

## II. 오토 마이어의 비판

오토 마이어는 국가학적 방법으로 행정의 개별 분과를 위한 법질서의 체계를 얻게 되었음을 설명하면서, 국가학적 방법의 문제를 지적한다.

“로렌츠 폰 슈타인의 방법론에 있어서는 개별 행정 영역에 속하는 법이 개별 국가학적 부문(Kategorie)으로부터 스스로 생겨나게 되어, 모든 개별 영역이 모두 각자의 법을 가지게 된다. 그런데 이러한 국가학적 부문은 학자들이 만드는 것이기 때문에, 결국에는 학자들이 법을 만드는 것이 된다.”<sup>471)</sup>

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 행정법은 국가 생활의 각 영역이 학문적 필요에 따라 나누어진 부문의 제도로부터, 각각 그에 상응하는 법이 스스로 생겨나는 것으로 설명된다. 이러한 설명에 대하여 오토 마이어는 로렌츠 폰 슈타인의 이론이 “기이한(wunderbar) 효력”<sup>472)</sup>을 인정하는 것이라고 비판한다.

---

<sup>469)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.17.

<sup>470)</sup> Ebenda, S.17.

<sup>471)</sup> Ebenda, S.17.

<sup>472)</sup> Ebenda, S.17(Fn.5).

또한 뢰닝(Loening)을 인용하여, 로렌츠 폰 슈타인의 이론은 자의적인 구성이고, 실정 법률에 대한 불충분한 지식으로 인한 것이라고 비판한다.<sup>473)</sup>

### Ⅲ. 검토

요컨대, 로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 행정학을 통하여 행정법의 ‘정신’이 주어져야 하고, 행정학이 행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초가 되는 것이며, 행정법학은 행정학과 연동된 것에 불과할 뿐 독립적인 학문은 될 수 없는 것이다. 이에 대하여, 오토 마이어는 행정법학을 독립적 학문으로 인식하고 인접학문인 민사법학과 국가학으로부터의 독자성을 확보하고자 하였다. 그러한 점에서 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 행정법과 행정법학에 대한 시각은 근본적인 차이가 있는 것이라고 할 수 있다.

그러나 한편으로 오토 마이어는, 로렌츠 폰 슈타인의 행정학의 가치를 인정하고 있다. 오토 마이어에 따르면, 독일의 법률가들이 로렌츠 폰 슈타인의 체계를 법규를 알맞게 결부시켜 설명할 수 있는 “받침대”(Gestell)로 사용<sup>474)</sup>하였다고 하고, 로렌츠 폰 슈타인의 연구가 독일에서 “행정법학의 기초와 주춧돌”<sup>475)</sup>이 되었다고 평가한다. 그러한 점에서, 오토 마이어의 행정법학은 로렌츠 폰 슈타인의 행정학과 행정법학을 완전히 배척하는 것이 아니고, 행정법학의 ‘독자성’을 확보하면서 동시에 로렌츠 폰 슈타인의 연구결과를 내용과 소재로 활용할 수 있는 ‘개방성’을 함께 가지고 있는 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

---

<sup>473)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18(Fn.10) 참조.

<sup>474)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.17(Fn.5).

<sup>475)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.19(Fn.10).

## 제4장 국가학적 방법과 법학적 방법

본장에서는 행정법학에 대한 구체적인 방법론으로, 로렌츠 폰 슈타인의 ‘국가학적 방법’과 오토 마이어의 ‘법학적 방법’을 살펴본다. 국가학적 방법을 대표하는 로렌츠 폰 슈타인의 방법론과 오토 마이어의 방법론을 비교함으로써, 오늘날 우리 행정법학의 근원에 해당하는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 특징을 보다 명확하게 파악할 수 있을 것이다. 제3절에서는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 핵심인 법치국가(Rechtsstaat) 사상에 대하여 살펴보고, 제4장의 제4절에서는 재정권(Finanzgewalt)에 대한 설명을 대상으로 하여 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인의 방법론을 구체적으로 비교·검토한다.

### 제1절 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법

#### I. 개요

로렌츠 폰 슈타인은 그 자신이 법학자였지만 그의 방법론은 법학적인 것은 아니었고<sup>476)</sup>, 그의 행정학과 행정법학은 ‘국가학적 방법’을 따른 것으로 평가되고 있다.<sup>477)</sup> 국가학적 방법은 19세기에 이르러 로렌츠 폰 슈타인에 의하여 전성기를 누렸는데, 그것은 행정의 목적 적합성과 효과성에 중점을 두면서 필요한 경우에만 법적 관점을 포함시키는 방법론적 특성을 가지고 있는 것이다.<sup>478)</sup> 국가학적 방법은 다양한 행정 분야를 담당하는 행정조직과 그 조직의 임무와 작용으로부터 출발하여, 개별 행정법 영역에 여기저기 흩어져

<sup>476)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S. X VI 참조.

<sup>477)</sup> Ebenda, S. VII 참조.

<sup>478)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S. 18 참조.

있는 실정법 규정들을 모아서 통합·배열·설명하는 방법으로 법을 연구하는 것이다.<sup>479)</sup> 그리고 법의 해석에 있어서는 역사적, 철학적, 정치적인 관계에서 법을 해석하는 것에 중점을 두었다.<sup>480)</sup>

로렌츠 폰 슈타인은 행정법은 ‘행정의 체계’에 대응하여야 하고, 행정의 대상이 되는 제도로부터 행정법을 만들어 내어야 하는 것으로 보았다.<sup>481)</sup> 그리고 행정법학은 국가생활(Staatsleben) 전체에 대한 학문(Wissenschaft)이 되어야 한다고 보았다.<sup>482)</sup> 그는 앞에서 살펴본 바와 같이 종래의 관방학적 전통에 따라 다양한 행정 분야를 다섯 개의 영역으로 크게 나누고, 그 중에서 내무행정을 주된 연구대상으로 하였는데, 내무행정 영역은 국가의 개인생활, 경제생활, 사회생활의 모든 영역을 포괄하는 것이다. 여기에는 인구·주민제도, 공적 보건제도, 경찰제도, 교육제도, 통화, 교통제도, 유통제도, 신용제도, 산업, 상업, 농업, 영업, 가족제도, 직업법, 군대제도, 보험제도 등 국민 생활과 관련된 거의 모든 행정영역이 포함된다.<sup>483)</sup>

## II. 방법론적 특징

로렌츠 폰 슈타인은 ‘새로운 행정학의 아버지’로 불리는 동시에 ‘행정법의 창시자’로 불리기도 한다.<sup>484)</sup> 그는 행정 현상에 대하여 행정법과 행정학을 통합하여 설명하려고 시도하였다. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 특

---

<sup>479)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.18 참조.

<sup>480)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.23-24 참조.

<sup>481)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.392 참조.

<sup>482)</sup> Ebenda, S.392 참조.

<sup>483)</sup> 로렌츠 폰 슈타인의 내무행정의 체계에 대하여는 제2장 제1절에서 상세하게 서술하였다.

<sup>484)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S. X VII 참조.

정은 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

## 1. 종합과학적 성격

로렌츠 폰 슈타인은 『행정학』(Die Verwaltungslehre)을 저술하면서 자신의 저서가 “모든 공법의 기초로서 국가학 분야의 판텍텐”<sup>485)</sup>이 되기를 희망했다. 그의 방법론은 “행정법적 기초를 가지는 포괄적인 종합과학적 접근방법”<sup>486)</sup> 또는 “행정현상에 대한 종합과학으로서의 행정과학적 접근방법”<sup>487)</sup>의 성격을 갖는 것으로 평가되고 있다.

특히 로렌츠 폰 슈타인의 연구는 관방학의 체계를 따랐지만, 연구방법은 사회과학적이었다는 점에 특징이 있다.<sup>488)</sup> 그의 연구는 정치학, 경제학 등 다양한 사회과학적 기반을 가지고 있다. 특히 그는 “통계학은 국가생활에 대한 올바른 이해를 위한 방법”<sup>489)</sup>이라고 하여 기존의 연구와는 다른 사회과학적 방법에 따른 연구를 강조하였다.

## 2. 행정학 원리의 강조

로렌츠 폰 슈타인은 행정법의 연구에 있어서 ‘행정학 원리’의 중요성을 강

---

<sup>485)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.3; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.390.

<sup>486)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S. X VI.

<sup>487)</sup> 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보, 제29권 제4호(1995), 1402면.

<sup>488)</sup> Andrew Dunsire, Administration: The World and the Science, 1973, p.77. Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138에서 재인용.

<sup>489)</sup> Lorenz von Stein, a.a.O., S.53.

조하였다. 그에게 있어 행정학 원리는 “행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초”<sup>490)</sup>가 되는 것이다. 그에게 있어서는 행정학이 최고의 과학이고 사회의 모든 영역을 포괄하는 것이므로, 국가의 행정을 담당하는 공무원들은 ‘행정의 원리’에 따른 교육을 받아야 하는 것이었다.<sup>491)</sup>

로렌츠 폰 슈타인의 관점에서는, 행정은 공무원의 일상 업무에 대한 문제가 아니라 국가와 사회의 살아있는 생활의 문제이다. 그리고 행정을 담당하는 행정가는 “전체를 위하여 일하는 사명을 받고 태어난 사람”<sup>492)</sup>으로, “사회적 약자들의 수요에 주의를 기울임으로써 시민사회를 보호한다는 가장 위대한 윤리적 책임감으로 가득 차 있는 사람”<sup>493)</sup>이다. 그래서 진정한 행정가가 되기 위해서는 이기심 없고 희생적이어야 하며 사회의 효율성을 위하여 노력하여야 하는데, 여기에 필요한 과학적 지식을 제공하는 역할을 하는 학문이 바로 ‘행정학’이다.<sup>494)</sup>

### 3. ‘법학적 방법’의 한계 인식

로렌츠 폰 슈타인은 행정현상에 대한 ‘법학적 방법’에 따른 연구를 반대한 것은 아니었고 그의 연구는 상당 부분 행정법적 기초를 가지고 있다고 평가받고 있다.<sup>495)</sup> 그래서 로렌츠 폰 슈타인의 연구가 “법에 근거하지 않았고 그래서 그의 행정학 체계는 행정법에는 아무런 중요성이 없다고 하는 비판은 이제는 부정확한 것이 되었다.”<sup>496)</sup>는 견해도 제기되고 있다.

---

<sup>490)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.42.

<sup>491)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138.

<sup>492)</sup> Ibid., p.2138.

<sup>493)</sup> Ibid., p.2138.

<sup>494)</sup> Ibid., p.2138.

<sup>495)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S. X VI 참조.



그러나 로렌츠 폰 슈타인이 순수한 법학적 방법만으로는 행정을 특히 사회(Gesellschaft)와의 관계에서 과학적으로 이해하기에 충분하지 않다고 본 것은 분명하다.<sup>497)</sup> 그는 행정 현상을 이해하기 위해서는 여러 학문 분야에 걸친 포괄적이고 종합적인 연구가 필요하다고 생각하였고, 그래서 순수한 ‘법학적 방법’만으로는 충분하지 못한 것으로 생각한 것이다.<sup>498)</sup>

#### 4. 미래지향적 관점

로렌츠 폰 슈타인의 연구방법은 기본적으로 미래지향적 관점을 가진 것으로 평가받고 있다.<sup>499)</sup> 그는 미래지향적 관점에서 “우리는 헌법 건설의 시대를 넘었고, 미래의 발전을 위한 중요한 영역은 행정에 있다.”<sup>500)</sup>고 하여, 미래의 발전에 있어 행정의 중요한 역할에 주목하였다.

그는 행정을 발전시키는 것을 통하여서, 자신이 최고선으로 생각했던 ‘실질적인 자유의 실현’을 위해 개인의 이익과 전체의 필요를 조화시킬 수 있는 방안을 찾고자 하였다.<sup>501)</sup>

---

<sup>496)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.X VI. 여기에서 Utz Schliesky는, 로렌츠 폰 슈타인의 연구는 행정법적 기초를 가지고 있으므로 그의 연구가 “사라져가는 국가학적 방법의 마지막 전성기로 인식되는 것은 잘못된 설명”이라고 주장한다.

<sup>497)</sup> Franz Mayer, Die Verwaltungslehre des Lorenz von Stein - Verwaltungslehre heute, in: Roman Schnur(Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1978, S.442 참조.

<sup>498)</sup> 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보, 제29권 제4호(1995), 1407면 참조.

<sup>499)</sup> Utz Schliesky, a.a.O., S.X VI 참조.

<sup>500)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.1.

<sup>501)</sup> Ebenda, S.40; Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 등 참조.

## 5. 지도이념: 자유주의

로렌츠 폰 슈타인은 “최고의 선은 실질적인 자유”<sup>502)</sup>라고 하여, 헤겔의 영향을 받은 자유주의를 자신의 행정법학의 지도이념으로 하였다. 로렌츠 폰 슈타인에 있어 행정의 기능은 개인들이 사회에서 자신의 이익을 추구하는 자유를 보호하는 것이었다. 그래서 그의 연구의 목적은 부르주아 계급의 자유를 불필요하게 제한하지 않으면서도, 무산계급의 기회를 유지하는 것에 맞추어지게 되었다.<sup>503)</sup> 로렌츠 폰 슈타인은 무산계급의 기회를 유지하기 위한 수단으로 하층 계급을 위한 공공교육을 강조하였다.<sup>504)</sup>

## 제2절 오토 마이어의 법학적 방법

오토 마이어의 행정법학 방법론의 특징으로는 ‘법학적 방법’(juristische Methode)을 따랐다는 것, 그에 따라 법치국가 원칙에 따른 법개념(Rechtsbegriff)과 법제도(Rechtsinstitut)의 형성을 중시하였다는 것, 체계를 중시한 것, 그리고 민사법학과 프랑스 행정법의 영향을 받았다는 것 등이 제시되고 있다.<sup>505)</sup>

### I. 행정법 총론의 완성

오토 마이어는 자신에 앞서 행정법 저서를 출간한 프란츠 마이어, 오토 폰

---

<sup>502)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.40.

<sup>503)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 참조.

<sup>504)</sup> Ibid., p.2138 참조.

<sup>505)</sup> Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S.20-31 참조.

자베이 등의 논의에 더하여, 행정법 총론을 완성한 행정법학자로 평가받고 있다.<sup>506)</sup>

## 1. 행정법 총론의 필요성

오토 마이어는 국가학적 방법과 민사법학을 비교하면서, 행정법 총론의 필요성을 주장한다.<sup>507)</sup> 그는 법학은 법적 제도들을 견고하고 예리하게 정의할 수 있음에 반하여 국가학적 방법은 ‘당혹스럽게 하는 것’이라고 하면서, ‘공용수용’(Enteignung)을 예로 들어 설명한다,

“공용수용에 있어서 그러하다. 그것을 가지고 어디로 갈 것인가? 모든 것이 일단은 혼란스럽다. 뢰닝(Loening)은 공용수용을 독일 민사법으로 전가시키기 위해서, 완전히 행정법 밖으로 던져 버렸다. 게오르그 마이어(G. Meyer)는 해롭지는 않지만 사실은 적절하지 않은 영역인 토지 소유권의 법률관계에 대한 규율로 도피했다. 자이델(Seydel)은 헌법에서 국가권력의 일반적인 기능으로 다루고 있다. 폰 스탕겔(v. Stengel)은 『행정의 수단과 절차』라는 장에서 행정절차로 다룬다. 키르켄하임(Kirchenheim)은 부록에서 다룬다.”<sup>508)</sup>

당시의 국가학적 방법은 개별 행정 법률들을 행정의 목적에 따라 각기 그룹으로 분류한 후, 개별 행정 법률들의 내용을 설명하는 방식으로 행정법을 설명하는 방법론이었다.<sup>509)</sup> 오토 마이어는 민사법의 경우에는 “거대한 법제도가 민사법 안에서는 서로를 포함하고 설명할 수 있음”<sup>510)</sup>에 반하여, 국가학적 방법을 따를 경우에는 행정법은 “얼마나 많은 것을 잃고 있는지를 쉽

<sup>506)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.403 참조.

<sup>507)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.19-20 참조.

<sup>508)</sup> Ebenda, S.19.

<sup>509)</sup> Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S.60 참조.

<sup>510)</sup> Otto Mayer, a.a.O., S.19(Fn.8).

게 알 수 있다.”<sup>511)</sup>고 하면서, 국가학적 방법의 체계적 결함을 지적한다.

오토 마이어에 따르면, 울브리히(Ubrich)나 베르나지크(Bernatzik)와 같은 오스트리아의 법학자들이 그러한 체계적 결함을 인식하여 행정법 총론의 필요성을 주장했다고 한다.<sup>512)</sup> 독일의 경우에는, 행정재판권이 확립되면서 행정법에 대한 관심이 높아지게 되었고 또한 국법학 분야에서 라반트에 의하여 ‘법학적 방법’이 완성되면서 행정법 총론이 생성되었다.<sup>513)</sup> 독일에서는 프란츠 마이어가 최초로 행정법 총론의 정리를 시도하였으며, 오토 폰 자베이에 의하여서 비로소 “행정학으로부터 독립하여 좁은 의미의 행정법의 이름으로 행정법의 순수한 법제도가 설명될 수 있게”<sup>514)</sup> 되었다.

## 2. 오토 마이어에 의한 행정법 총론의 완성

### (1) 오토 폰 자베이의 행정법 총론의 체계

오토 폰 자베이는 독일에서 최초로 행정법 총론을 체계적으로 정리한 것으로 평가받고 있으나,<sup>515)</sup> 한편으로는 초보적인 수준에 머무른 것이었다는 평가도 함께 받고 있다.<sup>516)</sup> 오토 폰 자베이의 『행정법총론』(Allgemeines Verwaltungsrecht, 1887)은 2부로 구성되어 있다. 제1부는 행정법의 기초원리와 기초개념에 대한 것인데, 주된 내용은 국가작용으로서의 입법, 사법, 행정(1-4장)과 헌법국가에서의 입법, 사법, 행정(5-15장)이다. 제2부는 내무행정에 대한 법으로, 내무행정의 범위(제1절), 내무행정의 조직(제2절), 행정법(제3

---

<sup>511)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.19(Fn.8).

<sup>512)</sup> Ebenda, S.20 참조.

<sup>513)</sup> Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S.60; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S.104 등 참조.

<sup>514)</sup> Otto Mayer, a.a.O., S.20.

<sup>515)</sup> Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., 1958, S.49 참조.

<sup>516)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.400 참조.

절), 행정사법(제4절)으로 구성되어 있다.<sup>517)</sup>

## (2) 오토 마이어의 행정법 총론의 체계

한편, 오토 마이어의 『독일행정법』의 경우, 행정법 총론 편은 서론, 독일 행정법의 역사적 발전단계, 행정법질서의 개요, 권리구제의 네 부분으로 구성되어 있다. 서론 편에서는 행정의 개념(§1.), 행정법과 행정법학(§2.)을, 독일행정법의 역사적 발전단계 편에서는 제후고권(§3.), 경찰국가(§4.), 법치국가(§5.)를 설명한다. 행정법질서의 개요 편에서는 법률의 지배(§6.), 행정법규의 구속력(§7.), 행정법의 법원(§8.), 행정행위(§9.), 공적 권리(§10.), 행정법제도와 민사법 제도의 구별(§11.)을 설명한다. 그리고 권리구제 편에서는 행정심판(§12.), 행정사법(§13.), 당사자(§14.), 행정재판의 종류(§15.), 행정재판의 법적효력(§16.), 행정에 대한 민사법원의 관할권(§17.), 위법한 직무행위로 인한 배상책임(§18.)을 설명한다.<sup>518)</sup>

## (3) 검토

오토 마이어와 비교할 때, 오토 폰 자베이의 행정법 총론은 그 분량도 작을 뿐만 아니라, 주된 서술이 국가학적 개념인 ‘내무행정’(innere Verwaltung)에 대한 것이어서, 진정한 의미에서의 행정법 총론의 완성으로 보기는 부족하다고 생각된다. 오토 폰 자베이의 『행정법총론』이 오토 마이어의 『독일행정법』보다 8년 정도 먼저 출간되었지만, 독일에서 행정법 총론은 오토 마이어에 의하여 완성되었다고 보는 것이 적절할 것이다.<sup>519)</sup>

<sup>517)</sup> Otto von Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1887 참조.

<sup>518)</sup> 오토 마이어의 행정법총론의 체계에 대한 설명으로는 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정관례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 30면 참조.

<sup>519)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.403-404 참조.

### 3. 행정법 총론의 의미

독일 행정법학에 있어서 행정법 총론이 갖는 의미는 두 가지 측면에서 이해되고 있다.<sup>520)</sup> 첫째는, 당시 독일의 각 란트 별로 개별적으로 가지고 있었던 행정법체계에 대응하여 공통의 독일 행정법 체계를 구축하고자 하는 의미가 있다.<sup>521)</sup> 오토 마이어는 개별 란트별로 “모두 특수성을 가지지만 중요한 공통점이 있다.”<sup>522)</sup>고 하면서, 독일 행정법은 “독일의 공통된 문화의 산물”<sup>523)</sup>이고, “바이에른의, 작센의, 프로이센의 행정법학은 없다”고 한다.<sup>524)</sup>

“우리는 독일의 국법이라고 하면 실제로 25개 또는 26개의 란트법이 있었고, 제국법도 있었다는 사실을 걱정할 필요 없이, 독일 행정법을 확신을 가지고 가르치게 되었다.”<sup>525)</sup>

행정법 총론이 가지는 두 번째 의미는, 행정에 대한 법적 통제를 위한 공통의 기준과 원칙을 명확하게 하였다는 점이다.<sup>526)</sup> 행정법 총론을 통하여, 개별 행정 영역에서의 행정에 대한 법적 통제를 위한 종합적인 기준이 마련되었다는 점에 의의가 있다.<sup>527)</sup>

## II. 법학적 방법

현재 독일의 대표적인 행정법 교과서는 오토 마이어가 독일 민사법과 독일 국법학의 ‘법학적 방법’(juristische Methode)을 따른 것으로 설명하고 있

---

<sup>520)</sup> Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S.60 참조.

<sup>521)</sup> Ebenda, S.60 참조.

<sup>522)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.21.

<sup>523)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>524)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>525)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>526)</sup> Jeong Hoon Park, a.a.O., S.60 참조.

<sup>527)</sup> Ebenda, S.60 참조.

다.<sup>528)</sup> 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 독일 국법학의 게르버와 라반트의 법학적·법실증주의적 경향과 독일 행정법학의 선구자로서 그에 앞서 행정법 저서를 발간한 바 있는 프리드리히 프란츠 마이어와 오토 폰 자베이의 영향을 받은 것이다.<sup>529)</sup> 당시 독일 공법학계에서는 로렌츠 폰 슈타인을 통하여 행정학이 전성기를 누리고 있었는데, 오토 마이어의 ‘법학적 방법’에 의하여 그러한 국가학적(행정학적) 방법은 거의 완전히 축출되었다.<sup>530)</sup> 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 특성은 다음과 같이 정리할 수 있다.

# 1. 게르버-라반트의 국법학으로부터의 영향

오토 마이어는 자신의 방법론을 스스로 ‘법학적’(juristisch)인 방법론이라고 인식하였다. 그는 국가학적 행정학의 체계를 법학적인 것이 아니라고 하면서, 자신의 체계를 ‘법학적인 것’(ein juristisches)이라고 평가하였다.<sup>531)</sup> 그는 1903년에 발간된 『독일행정법』의 프랑스어 번역본의 서문에서, 자신이 “라반트가 공법에 대하여 한 것만큼 순수한 법학적 체계를 따르기 위해 노력하였다”<sup>532)</sup>고 밝히기도 하였다. 오토 마이어는 자신의 행정법학은 특유한 ‘법학적 기본이념’(juristische Grundidee)이 지배하는 독자적 학문인 국법학으로부터 분리된 것임을 밝히고 있다.

“행정법학은 역사적으로 국법학으로부터 분리되어 나온 것이다. 국법은 독자적인 공법학의 특수한 범유형이자 대상이다. 국법학의 특수성은 법학적 기본이념에 있다.”<sup>533)</sup>

<sup>528)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.19 참조.

<sup>529)</sup> Ebenda, S.19 참조.

<sup>530)</sup> Ebenda, S.19 참조.

<sup>531)</sup> Alfons Hueber, Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982, S.17 참조.

<sup>532)</sup> Otto Mayer, Le droit administratif allemand, I, 1903, Vorwort.; zitiert nach Alfons Hueber, Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982, S.17.

오토 마이어의 방법론은 게르버-라반트의 ‘법학적 방법’의 영향을 받은 것으로 평가받고 있다.<sup>534)</sup> 오토 마이어는 엄격한 체계를 요구하는 것을 독일 법학의 고유한 성격으로 설명<sup>535)</sup>하면서, 행정법학의 임무를 “여러 란트의 법으로 흩어져있는 개별 행정법의 법제도들의 체계를 설명하는 것”<sup>536)</sup>이라고 하였는데, 이는 체계를 중시하는 사비니 이래의 ‘법학적 방법’의 전통을 계승하고 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.

다만, 오토 마이어가 게르버-라반트의 ‘법실증주의’ 전통 안에 있다는 평가<sup>537)</sup>에 대하여는, ‘법이념’을 중시하는 오토 마이어의 방법론적 특징으로 인해 법실증주의와는 거리가 있다는 반대 견해도 주장되고 있다.<sup>538)</sup> 법실증주의는 ‘법과 도덕의 엄격한 분리’를 그 핵심적 요소로 하는 것<sup>539)</sup>으로, 순수한 형식논리적 해석의 도움을 받아 법에서 현실과 가치평가를 배제하려고 하는 방법인 ‘법학적 방법’과는 개념적으로 구분되는 것이다.<sup>540)</sup> 따라서 오토 마이어가 ‘법학적 방법’을 따랐다고 하여 곧바로 그를 법실증주의자로 보기는 어려울 것이다. 특히 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 ‘법치국가’라는 법이념이 지도 원리로서 법개념의 형성 단계에서부터 작용하고 있다는 점에서

533) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.18.

534) Ralf Dewitz, Der Vertrag in Der Lehre Otto Mayers, 2004, S.65; Alfons Hueber, Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982, S.15-24 참조.

535) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18 참조.

536) Ebenda, S.21.

537) Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S.82 참조.

538) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 24면 참조. 한편, 오토 바호프는 오토 마이어의 행정법학 방법론의 특징을 ‘반실증주의적’(antipositivistisch) 기본자세에서 찾고 있다. Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.218-219 참조.

539) Benjamin Lahusen, Rechtspositivismus und juristische Methode, 2011, S.125; 최봉철, “최근 법실증주의의 전개와 자연법론과의 관계”, 법철학연구, 제13권 제3호(2010), 221면 등 참조.

540) Benjamin Lahusen, a.a.O., S.125 참조.



더더욱 그를 법실증주의자로 보기는 어려울 것으로 생각된다.<sup>541)</sup>

## 2. ‘형식’의 중시

오토 마이어는 국가학의 특별한 분과인 행정학에 대하여, 국가작용의 ‘내용’의 학문으로 국가작용을 내용적 의미에 따라 분류하는 학문이라고 소개한다. 그리고 이러한 행정학과 대비하여 법학은 ‘형식’이 중요함을 강조한다.<sup>542)</sup> 오토 마이어는 법학에 있어서는 ‘형식’(Form)이 중요하고, 견고한 형식을 통하여 법학의 ‘체계’(System)가 형성됨을 강조한다.<sup>543)</sup>

“국가학의 특별한 분과인 행정학은 국가 작용의 내용의 학문으로, 국가 작용을 내용적 의미에 따라 분류한다.”<sup>544)</sup>

“법학은 오로지 형식에만, 즉 법학에 의하여 관찰된 법주체들 사이에서 객관적인 법에 적합한 의사지배가 나타나는 그 형식에만 관심이 있다. 그 결과로 발생하는 견고한 형식의 유형이, 다양성과 연결성 안에서 법학의 체계를 형성한다.”<sup>545)</sup>

또한, 오토 마이어가 중시한 ‘법제도’는 확고한 형식이고, 이러한 형식이 법치국가에서의 명확성과 예측가능성의 확보에 있어 핵심적 역할을 한다는 관점에서, 오토 마이어가 ‘형식’을 중시하였다는 평가를 할 수 있을 것이다.<sup>546)</sup> 오토 마이어가 법학의 형식을 중시한 것에 대한 비판도 제기되고 있지만, 그가 법학에 있어 형식을 강조한 것은 독립적인 학문분과로서 행정법

---

541) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 24면 참조.

542) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.16 참조.

543) Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.21 참조.

544) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.16.

545) Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.21.

546) 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 25-26면 참조.

학을 형성하기 위한 불가피한 것이었음을 인식할 필요가 있다고 본다.<sup>547)</sup>

### 3. ‘개념-법제도-법체계’의 방법론

오토 마이어의 ‘법학적 방법’을 특징적으로 설명할 수 있는 단어는, ‘개념’(Begriff), ‘법제도’(Rechtsinstitut), ‘법체계’(Rechtssystem)라고 할 수 있다.<sup>548)</sup> 그는 국가학으로부터 독립한 행정법학을 위하여 민사법학의 ‘법학적 방법’을 통해 ‘법학’으로서의 행정법학을 확립하고자 하였다. 당시 민사법학의 ‘법학적 방법’은 ‘개념’을 중시하는 구성주의적인 것이었고, 오토 마이어는 행정법학에서 개념과 법제도의 형성을 통하여 행정법학의 체계를 구축하려 하였다.

#### (1) 개념

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 종래의 ‘법학적 방법’의 전통을 승계하여, ‘개념’을 형성하고 이를 통하여 ‘체계’를 형성하는 것이다.<sup>549)</sup>

#### 1) 민사법학으로부터의 차용

---

547) 로렌츠 폰 슈타인이 국가작용인 행정을 그 내용으로 하는 행정법학은 행정학에 연동된 것에 불과한 것이라고 인식한 것에 대응하여, 오토 마이어가 법학으로서의 행정법학의 독자성을 확보하기 위해서는 ‘행정’이라는 내용보다는 그 소재를 다루는 형식을 강조할 수밖에 없었을 것으로 생각된다.

548) 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 핵심 개념으로 법이념, 법제도, 법개념을 제시하는 견해로는 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정관례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 24면 참조. 핵심 개념으로 형식, 개념, 체계를 제시하는 견해로는 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 25면 참조.

549) Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S.20 참조.

독일의 행정법학에서 필요한 ‘개념’은 미완성이었고 많이 부족했기 때문에, 부득이 그 개념의 형성에 있어서는 민사법학으로부터의 차용이 불가피했다.<sup>550)</sup>

“내가 여기서 일반적으로 말하고 싶은 것은 바로 용어(Terminologie)이다. 행정법 영역에서 독일의 법률용어는 아직 미완성이고 여전히 부족하다. 공법은 공법 영역에서 대응하는 개념에 대한 용어를 주로 민사법과 그 표현을 사용하는 것에 의존한다. 그것에 대하여 나는 조금도 두려워하지 않는다. 나는 다음의 사실, 즉 공법과 민사법의 두 법의 법 영역의 차이가 모든 곳에서 매우 강하게 강조되기 때문에, 낯선 기본개념을 강제로 끌어다 사용하는 것을 비록 표현이 같다고 해도 두려워하지 않아도 된다는 것을 잘 알고 있다.”<sup>551)</sup>

독일의 경우뿐만 아니라 오토 마이어 자신이 ‘완벽한 이론’이라고 소개했던 프랑스 행정법의 경우에도 완전히 적합한 법률용어가 존재하지 않는 경우가 있음을 이유로, 오토 마이어는 “민사법학의 것들을 모두 포기하는 것은 행정법을 설명하는 것을 아주 어렵게 만든다.”<sup>552)</sup>고 하여, 민사법학과의 연계를 중시한다.

“민사법학의 용어들을 모두 포기하는 것은 행정법을 설명하는 것을 아주 어렵게 만든다. 왜냐하면 프랑스의 경우나 독일의 경우나 행정법학에 완전히 적합한 법률용어는 존재하지 않기 때문이다.”<sup>553)</sup>

## 2) 프랑스 행정법의 영향

---

<sup>550)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.27 참조.

<sup>551)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>552)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, S.21.

<sup>553)</sup> Ebenda, S.21.

오토 마이어는 『독일행정법』 제1판 서문에서 ‘잘 정돈된 이론’으로 프랑스 행정법을 소개하는데, 자신은 『프랑스행정법의 이론』을 저술할 당시 “프랑스 법률가들이 한 것을 보고자(Berichterstatter)의 입장에서 열심히 쓴 것”이라고 표현하고 있다. 오토 마이어는 프랑스 행정법에는 모든 개념이 완비되어 있고, 자신은 단지 “조금 다르게 표현하고 정리한 것”<sup>554)</sup>이라고 하여, 프랑스 행정법의 개념이 독일 행정법학에 영향을 주었음을 인정한다.

### 3) 국가학적 방법과의 차이점 강조

오토 마이어는 국가학을 비판하면서도 한편으로는 행정에 대한 국가학적 고찰은 그 고유한 가치를 가지고 있음을 인정한다.

“행정에 대한 국가학적 고찰의 체계를 활용하는 것은 여전히 법학적으로도 유용한데, 특별히 훌륭한 참고서가 만들어질 수 있다는 점에서 그러하다; 프랑스의 행정학사전과 같이 목적을 달성하기에 좋은 형태이다.”<sup>555)</sup>

그러나 오토 마이어는 이러한 국가학적 체계가 독일 행정법학에서 ‘과도기적 단계’(Durchgangsstadium)에 있음을 강조한다.<sup>556)</sup> 그러한 국가학적 방법론이 지배하는 과도기적 단계는 그가 명시적으로 밝히고 있지 않지만, 다음의 서술에서 나타나는 단계에서 끝나게 되는 것으로 인식하고 있는 것으로 보인다.

“법학을 위해서, 견고하고 예리하게 규정된 법제도가 법률 안에 직접 주어진 것을 발견하게 된 때보다 더 좋은 상황은 없다. 국가학 체계 내에서는 그러한 법제도는 단지 곤란하게 만드는 것에 불과하다.”<sup>557)</sup>

<sup>554)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>555)</sup> Ebenda, S.19(Fn.8).

<sup>556)</sup> Ebenda, S.19 참조.

<sup>557)</sup> Ebenda, S.19.

오토 마이어에 따르면, 국가학적 방법론에 따른 연구의 결과는 과도기적 단계의 방법론에 불과하고, 결국 행정법학에서는 법학을 위해서 ‘법제도’로 견고하고 예리하게 규정되어야 한다는 것이다. 그런데 오토 마이어는 ‘견고한’(fest)과 ‘예리한’(scharf)이라는 표현을 『독일행정법』 제1판에서도 사용하고 있다. 즉,

“어떤 용어들은 견고한 법학적 개념으로 묶어서, 보다 예리하게 표현할 것이다.”<sup>558)</sup>

결국, 오토 마이어는 국가학적 방법에 따른 연구의 결과는 행정법학 체계 내에서, 견고하고 예리한 ‘법학적 개념’(juristischer Begriff)으로 규정되어 ‘법제도’(Rechtsinstitut)로 수용되어야 하는 것이 된다.

## (2) 법제도

### 1) 사비니의 영향

법제도는 ‘법학적 방법’의 시초라고 할 수 있는 사비니의 법이론 전체의 기반이고, 전체 법질서를 파악하는데 있어 핵심적인 역할을 하는 개념으로 이해되고 있다.<sup>559)</sup> 앞에서 살펴본 것처럼, 사비니의 ‘법제도’는 객관적인 법의 특정한 발현형태를 나타내는 체계적인 근본개념에 해당하는 것이다. 사비니는 법학을 통하여 제도의 특유한 법적 내용을 탐구하여야 한다고 하였다. 사비니에 따르면, 법제도로부터 법규(Rechtssatz)가 추상화를 통하여 추론되고, 법제도가 결합하여 체계를 형성하는 관계에 있다.<sup>560)</sup> 사비니의 법제도 개념은 ‘법학적 방법’의 주요한 구성요소이다.

---

<sup>558)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>559)</sup> 남기윤, 『법학방법론』, 2015, 고려대학교출판문화원, 378면 참조.

<sup>560)</sup> 이에 대하여는 21면 이하에서 상술하였다.

## 2) 오토 마이어의 법제도

‘법학적 방법’을 계승한 오토 마이어 역시 법제도를 중시하였다. 그에게 있어 법제도는 “법률관계에서 확인된 권리주체의 법률관계가 제공하는 모든 소재를 다루기 위한 법학의 보조수단”<sup>561)</sup>이다. 오토 마이어는 ‘법제도’라는 도구를 사용하여, 행정에 대한 지도 원리인 법이념에 따라 만들어진 행정법의 틀 속에 내용물을 완성하였다.<sup>562)</sup> 오토 마이어는 행정법학의 임무를 그와 같이 완성된 개별 행정법의 법제도들의 체계를 설명하는 것으로 인식하였다.<sup>563)</sup>

오토 마이어는 행정법제도를 두 유형으로 분류한다. 첫 번째 유형은 권력적인 하명(Befehl)이다.<sup>564)</sup> 권력적 하명은 특정 영역 내에서 하나의 법제도가 된다. 두 번째 유형은 민법으로부터 차용한 법제도이다.<sup>565)</sup> 그는 행정법제도의 예로, “엄격한 일방성으로 인해 공법의 특유성을 결정적으로 보여주는”<sup>566)</sup> 경찰법제도와 재정법제도, 그리고 “민사법의 법제도에 대응하는 공법 영역의 법제도”<sup>567)</sup>인 공물법, 특별한 공법상 채권관계, 공법상 법인격 있는 행정 등의 법제도로 구별하여 설명한다.<sup>568)</sup> 이러한 법제도는 실정 법률과의 관계에서 결정되는 것이다. 즉, 실정 법률에 따라 행정법제도와 민사법제도가 만들어지고, 둘 사이의 경계선은 실정 법률이 결정한다.<sup>569)</sup>

---

<sup>561)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl, 1924, S.113.

<sup>562)</sup> Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.86 참조.

<sup>563)</sup> Otto Mayer, a.a.O., S.21 참조.

<sup>564)</sup> Ebenda, S.114 참조.

<sup>565)</sup> Ebenda, S.114 참조.

<sup>566)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>567)</sup> Ebenda, Vorwort.

<sup>568)</sup> Ebenda, Vorwort 참조.

<sup>569)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.116-117 참조.

### (3) 법체계

법체계를 중시하는 ‘법학적 방법’의 전통은 오토 마이어에게도 나타나고 있다. 오토 마이어는 ‘엄격한 체계’를 요구하는 것을 독일 법학의 고유한 성격으로 설명<sup>570)</sup>하면서, 행정법학의 임무를 “여러 란트의 법으로 흩어져있는 개별 행정법의 법제도들의 체계를 설명하는 것”<sup>571)</sup>이라고 하여, 체계를 중시하는 사비니 이래의 ‘법학적 방법’의 전통을 계승하고 있다.

“모든 내용을 고유한 법이념(Rechtsidee)에 따라 체계적으로 설명하고 종합하여 조직화하는 것을 통하여, 행정법학은 오래된 자매학문과 나란히 설 수 있게 된다.”<sup>572)</sup>

## Ⅲ. 독일 행정법학의 독자성 강조

오토 마이어 행정법학은 프랑스 행정법과 독일 민사법학의 영향을 받았지만, 한편으로는 민사법학과 프랑스 행정법으로부터 독일 행정법학의 독자성을 확보하고자 노력하였다. 이를 위하여 민사법학과와의 관계에서는 개념의 ‘적응’과 용어의 ‘유보’, 그리고 민사법제도와 행정법제도의 차이점을, 프랑스 행정법과의 관계에서는 ‘독일’의 개별 법제도를 각각 강조하였다.

### 1. 민사법학으로부터의 독자성

#### (1) 개념: ‘적응’과 ‘유보’

오토 마이어는 위와 같이 민사법학의 개념들이 행정법학에 유용하게 사용

---

<sup>570)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18 참조.

<sup>571)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>572)</sup> Ebenda, S.20.

될 수 있음을 인정하면서도, 한편으로는, 민사법학에서 창조해 낸 기본개념이라도 행정법학에 적용될 때에는 반드시 행정법학에 적합하도록 적응(Anpassung)되고, 다시 녹아들어야(Umschmelzung)<sup>573)</sup> 하고, “민사법학의 기술적인 용어들을 사용할 때에는 ‘유보’(Vorbehalt)가 필요하다.”<sup>574)</sup>고 하여, 민사법학의 개념을 사용할 때에도 반드시 행정법학의 입장에서 행정법학의 용어와 개념으로 만들어서 사용하여야 함을 강조하였다.

## (2) 법제도: 행정법제도와 민사법제도의 구별

전술한 바와 같이, 오토 마이어는 행정법제도와 민사법제도의 관계에 대하여 다음과 같이 차이점을 설명하고 있다. 먼저, 유추해석의 방법으로 민사법 규정들을 끌어오는 것을 통하여 공법의 법제도를 향상시키고 보충하는 것은 허용되지 않는다. 다음으로, 공법적이면서 민사법적인 공통의 법제도는 존재하지 않는다. 다음으로, 직접적으로 민사법적 효력을 가지는 공법적 법제도는 존재하지 않는다. 또한, 공법적인 측면과 민사법적인 측면을 모두 가질 수 있는 국가법질서는 존재하지 않는다는 것이다.<sup>575)</sup>

## 2. 프랑스 행정법으로부터의 독자성

오토 마이어는 독일 행정법학의 성립에 큰 영향을 주었던 프랑스 행정법과의 관계에서, ‘독일’의 행정법학을 확립하고자 하였다. 그는 ‘잘 정돈된 이론’인 프랑스 행정법에 견줄 수 있는 독일 행정법학을 만들하고자 하였다.

“우리의 독일 행정법학이 (프랑스 행정법과) 비슷한 결과에 이르도록 근접

---

<sup>573)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.21.

<sup>574)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>575)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.117-118 참조. 이에 대하여는 95면 이하에서 상술하였다.



하게 될 것이라고 누가 확언할 수 있었는가?”<sup>576)</sup>

그에게 있어 독일 행정법은 “독일의 공통된 문화의 산물”<sup>577)</sup>이었고, 행정법학의 임무는 ‘독일’ 행정법의 개별 법제도의 체계를 설명하는 것이었다.

### 제3절 법학적 방법의 지도원리: 법치국가 사상

오토 마이어의 ‘법학적 방법’에 있어 법치국가 사상은 지도이념으로서의 법이념으로 작용하고, 그의 방법론은 법치국가 사상에 의하여 지도를 받은 것으로 평가되고 있다. 즉, 법치국가 사상은 오토 마이어의 ‘법학적 방법’에 있어 지도 원리로 작용하고 있다.<sup>578)</sup> 본 절에서는 법치국가의 성립에 대한 역사적 설명, 오토 마이어의 법치국가의 요건, 그리고 법치국가 사상의 방법론적 지위에 대하여 살펴본다.

#### I. 법치국가의 성립

##### 1. 법치국가의 역사적 성립과정

독일의 법치국가는 ‘제후 고권’(landesherrliche Hoheitsrecht)의 시기와 ‘경찰국가’(Polizeistaat)의 단계를 거쳐 성립되었다. 경찰국가는 군주가 법적 제한 없이 자신의 권한을 무제한적으로 행사할 수 있는 ‘국가 권력의 절대적 우위’를 그 특징으로 하였다.<sup>579)</sup> 그러나 한편으로, 경찰국가에서는 사법부의

---

<sup>576)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>577)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.21.

<sup>578)</sup> 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정학회연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 26면; Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S.24 등 참조.

독립이 인정되어 군주가 임명한 일반재판소에서 민사재판과 국법 관련사건 재판을 담당하였는데, 군주가 재판에 대하여 보유하던 대권 행사에 따른 ‘대권재판’<sup>580)</sup>(Machtspruch)이 점차 사라져감에 따라, 재판소에 의한 민사재판과 형사재판은 특별한 지위를 얻게 되었고 그 결과 사법부는 독립된 기관으로 인정받게 되었다.<sup>581)</sup>

오토 마이어는 이러한 경찰국가의 예에 따라, “국가에 대하여 민사법을 적용할 수 있고, 민사재판을 관할하는 민사재판소에 의하여 국가도 재판을 받을 수 있게”<sup>582)</sup> 되었다는 것을 경찰국가의 법치국가에 대한 영향으로 설명한다. 그리고 이에 더하여, 법치국가에서는 국가의 모든 일반적인 고권적 권력은 법률의 형식으로만 행사될 수 있다는 새로운 요건을 갖추어야 한다고 하면서, 이를 위하여 ‘행정을 위한 공법’이 필요하다는 점을 강조한다.<sup>583)</sup>

## 2. 법치국가에 대한 인식

오토 마이어의 법치국가 사상은 ‘잘 정돈된 행정법의 국가’와 ‘행정의 사법형식성’이라는 두 가지 측면에서 설명되고 있다. 한편, 오토 마이어는 법치국가사상이 독일의 특유한 사상이 아니라 프랑스 등 자매국가들에서도 공통적으로 발전된 사상이라고 설명하면서, 법치국가 사상의 보편성을 강조한다.<sup>584)</sup>

<sup>579)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.54 참조.

<sup>580)</sup> 이에 대하여 군주가 직접 재판에 관여하여 자신의 행위에 대한 사법부의 위법성 판단을 무력화시킬 수 있다는 특징을 중시하여 이를 ‘직권재판’으로 정의하는 견해로는 박훈민, 『독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구 - 국가사인설의 이론사적 고찰을 중심으로』, 2014, 서울대학교 박사학위논문, 18면 참조.

<sup>581)</sup> Otto Mayer, a.a.O., S.41 참조.

<sup>582)</sup> Ebenda, S.54f.

<sup>583)</sup> Ebenda, S.55 참조.

<sup>584)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.65 참조.

## II. 법치국가의 요건 (1): 잘 정돈된 행정법의 국가

오토 마이어는 경찰국가와 법치국가의 중요한 차이점으로 ‘행정을 위한 공법’의 필요성을 주장하였다. 그에 따르면, 경찰국가는 “본래 행정법 제도를 알지 못하였고”, “민사법의 영역 밖에는 “행정의 전능함이 지배하였다.”<sup>585)</sup> 오토 마이어는 이러한 경찰국가의 토대 위에서, 경찰국가에 법적 요소를 추가함으로써 법치국가를 확립하고자 하였다.

이러한 “경찰국가의 法化”<sup>586)</sup>(Legalisierung des Polizeistaates)에 따라 법치국가가 나타났다. 법치국가는 경찰국가와 달리 국가 작용의 효력을 “법의 방법에 의하여”<sup>587)</sup> 규정할 것을 요건으로 한다. 오토 마이어에 따르면, 법치국가에 이르러 행정이 어떤 것을 할 수 있는지의 문제와 행정의 어떤 작용이 법적으로 유효한지의 문제 등이 중요하게 되었다고 한다.<sup>588)</sup> 그런데 국가 작용 중에서 사법(司法) 작용은 경찰국가 시대부터 “모든 것이 잘 정돈되어”<sup>589)</sup> 있으므로, 결국 행정 작용에 대하여만 그 작용의 효력을 법의 방법에 의하여 규정할 것을 요청하게 된다.<sup>590)</sup> 그래서 오토 마이어에 있어서 법치국가는 “잘 정돈된 행정법을 가진 국가”<sup>591)</sup>(Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts)가 된다.

오토 마이어가 제시한 법치국가의 이러한 요건은 당시 법치국가를 주장하던 공법학자의 견해와도 일치하는 것이었다. 오토 마이어에 따르면, 슈탈은 오토 마이어와 마찬가지로 국가 작용을 ‘법의 방법에 의하여’ 규정하는 것을 법치국가로 보았고, 기에르케는 ‘법 위에 있는 국가가 아니라, 법 안에 있는

---

<sup>585)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.114.

<sup>586)</sup> Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S.49.

<sup>587)</sup> Otto Mayer, a.a.O., S.58.

<sup>588)</sup> Ebenda, S.114 참조.

<sup>589)</sup> Ebenda, S.58.

<sup>590)</sup> Ebenda, S.58 참조.

<sup>591)</sup> Ebenda, S.58.

국가’를 법치국가로 보았다고 한다.<sup>592)</sup>

오토 마이어는 더 나아가 ‘잘 정돈된 행정법’을 가진 법치국가를 위해서, 헌법의 역할에 주목한다. 그는 ‘헌법에 따라 제정된 법률’을 통하여 법규가 제공됨으로써, “법질서가 있는 생활이 실현”<sup>593)</sup>(Erfüllung des Lebens mit Rechtsordnung)되는 것이 바로 법치국가라고 보았다.

“헌법은 법규를 제공할 수 있는 법률이라는 수단을 제공한다. 법치국가가 되기 위해서는 그러한 수단이 풍부하게 사용됨으로써, 사법부의 모범형이 실현되어야 한다. 법질서가 있는 생활의 실현.”<sup>594)</sup>

### Ⅲ. 법치국가의 요건 (2): 행정의 사법형식성

#### 1. ‘사법부의 모범형’의 실현

##### (1) 사법판결

오토 마이어는 잘 정돈된 행정법의 국가가 법치국가라고 하면서도, 그것만으로는 법치국가가 아니라고 한다. 그는 ‘사법부의 모범형’의 실현을 위하여, ‘아주 잘 정돈된 공법적 국가작용’인 일반 법원의 ‘판결’(Urteil)에서부터 다시 논의를 시작한다.<sup>595)</sup> 오토 마이어에 따르면, 일반 법원의 판결은 법률과 마찬가지로 개인에게 그가 공권력으로부터 기대할 수 있는 것을 보증하는 기능을 하는 법적 보증장치가 된다.<sup>596)</sup> 행정에 대하여 이러한 판결과 동등한 법적 결정을 할 수 있는 두 가지 방법으로, 오토 마이어는 행정사건에 대한

---

<sup>592)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.58(Fn.7) 참조.

<sup>593)</sup> Ebenda, S.58f.

<sup>594)</sup> Ebenda, S.58f.

<sup>595)</sup> Ebenda, S.59 참조.

<sup>596)</sup> Ebenda, S.59 참조.

‘사법판결’(Justizurteil)과 행정에 독자적인 것으로서 사법판결에 상응하는 형식을 가지는 것 — ‘행정행위’ — 을 제시한다.<sup>597)</sup>

## (2) 행정사법

오토 마이어는 프랑스의 경우와 독일의 경우를 비교하면서 독일과 프랑스에서의 발전과정은 동일한 것이었다고 설명한다. 프랑스에 있어서는, 독립된 재판소(Parlement)가 행정사건에 대하여 권한을 가지고 있다가 프랑스 대혁명 이후에 행정사건에 관여할 수 없게 되었다고 설명한다. 그 결과 행정권과 사법권은 대등한 것이 되었고, 행정은 사법과의 관계에 있어서 ‘대등성’(Gleichwertigkeit)을 재판소의 판결의 대응물인 ‘행정행위’(l'acte administratif)를 통하여 유지하게 된다고 설명한다.<sup>598)</sup>

독일에서는 경찰국가 시대에서부터 독립된 사법부가 존재했고, 행정은 스스로는 법을 실현할 수 없기 때문에 행정에 대한 사법부 및 사법부 판결의 지배가 법치국가의 행정의 일부를 이룬다는 생각이 나타났다고 한다.<sup>599)</sup> 그리고 법치국가가 요구하는 법의 ‘실현’(Realisierung)은 오로지 정규 재판소의 판결에 의하여서만 가능한 것으로 인식되었다고 한다.<sup>600)</sup> 여기에서 오토 마이어는 이른바 ‘행정사법’<sup>601)</sup>(行政司法; Verwaltungsrechtspflege)의 문제를 언급한다. 행정의 독자성과 엄격한 사법주의 사이에서, 당시의 법은 행정사법

<sup>597)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.59 참조.

<sup>598)</sup> Ebenda, S.59 참조. 행정의 사법형식성에 대한 논리적 도출과정에 대한 설명은 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 20-21면; 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 20-23, 45-46면 등 참조.

<sup>599)</sup> Otto Mayer, a.a.O., S.60.

<sup>600)</sup> Ebenda, S.60 참조.

<sup>601)</sup> 행정사법에 대하여는 박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 2008, 박영사, 42면; 塩野 宏(서원우/오세탁 역), 『일본행정법론』, 1996, 법문사, 15-16면 참조. 행정사법 개념의 발견과 오토 마이어 시대의 독일의 행정쟁송제도에 대한 설명으로는 최계영, 전거서, 42-46면 참조.

을 인정<sup>602</sup>)하였음을 근거로 그는 다음과 같이 설명한다.

“행정에 소속된 행정청이 법적으로 구속력 있는 결정을 개별 사안에 대하여, 행정재판(Verwaltungsgericht)이라는 이름으로 그리고 정해진 (소송)절차의 원칙에 따라 할 수 있다면, 행정청의 동일한 유형의 의사표명이, 그러한 이름과 절차를 따르는 특별함 없이도, 법적으로 구속력 있는 효력을 가질 수 있어야 한다.”<sup>603</sup>)

오토 마이어는 행정사법으로부터 행정의 사법형식성에 이르는 이론을 형성함에 있어 로이트홀트(Leuthold)의 영향을 받았음을 밝히고 있다.<sup>604</sup>) 오토 마이어에 따르면, 로이트홀트가 먼저 법치국가 개념이 행정의 사법형식성에 이르게 된다는 것을 인식하였다고 한다.<sup>605</sup>) 로이트홀트는 법치국가의 특징을 ‘사법(Justiz)의 모범형’으로부터 찾았는데, 그것은 ‘규범을 만드는 것’(Normengebung)과 ‘법을 적용하는 것’(Rechtsprechung)으로 구분되는 것이었다고 한다. 그리고 로이트홀트는 행정 영역 내에서 ‘법을 적용하는 것’의 대응물로 행정사법을 발견하였다고 한다.<sup>606</sup>)

---

<sup>602</sup>) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.60 참조. 오토 마이어는 프랑크푸르트 헌법 제181조에는 “행정사법은 중단한다. 모든 법 위반에 대하여 재판소가 결정한다.”고 규정되어 사법주의의 승리로 보였으나, 실제로는 위 헌법규정이 실현되지 않았다고 설명한다. Ebenda, S.60(Fn.12) 참조. 당시 독일에서는 그나이스트 등의 노력으로 행정재판소가 설립되었다. 독일에서의 행정재판소의 성립과정에 대한 역사적 설명으로는 박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 2008, 박영사, 42면 이하; 박훈민, 『독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구 - 국가사인설의 이론사적 고찰을 중심으로』, 2014, 서울대학교 박사학위논문, 110면 이하; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.387; 塩野 宏(서원우/오세탁 역), 『일본행정법론』, 16면 등 참조.

<sup>603</sup>) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.60.

<sup>604</sup>) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.65(Fn.20) 참조.

<sup>605</sup>) Ebenda, S.65(Fn.20) 참조.

<sup>606</sup>) Ebenda, S.65(Fn.20) 참조.

## 2. 행정의 사법형식성 요건의 도출

행정사법의 외부에 있는 일반적인 행정 영역에서, ‘민사재판소의 판결의 대응물’로 행정행위 개념이 등장한다.<sup>607)</sup> 오토 마이어에 따르면, 법치국가에 필수적인 민사재판소의 판결의 대응물은 국가권력과 국민, 즉 적법한 법규와 그 적용을 받는 개인 사이의 ‘매개물’(Zwischenbau)의 일종이라고 한다.<sup>608)</sup> 그리고 그것은 개별 사안에서 무엇이 법이어야 하는가에 대한 행정청의 의사표명으로, 프랑스의 ‘행정행위’(l'acte administratif)와 같은 것이라고 한다.<sup>609)</sup>

이러한 점에서 행정사법(行政司法)은 ‘특정 형식의 행정행위의 발령’을 의미하게 되고, 그러한 형식 없이 발령되는 수많은 행정행위들은 법질서의 고찰을 더 많이 받아야 하게 된다.<sup>610)</sup> 그리고 법치국가의 요청은 행정 영역에 법규를 제공하여야 하고 동시에, “개별 사안에 대하여 무엇이 법이고 무엇이 집행되어야 하는지를 결정하기 위하여 행정행위가 사전에 규정되어야 하고 충분히 적용될 수 있어야 한다.”<sup>611)</sup>는 요청에 이르게 된다. 그래서 오토 마이어에 있어서 법치국가는 “행정이 가능한 최대한 사법형식성을 갖는 것”<sup>612)</sup>을 의미하게 된다. 오토 마이어는 행정의 사법형식성은 “행정을 하는 국가가 당사자(Partei)의 역할이 아닌 재판소(Gericht)의 역할을 하는 것”<sup>613)</sup>을 의미

<sup>607)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.62 참조.

<sup>608)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.65(Fn.20) 참조.  
오토 마이어는 자신이 주장하는 ‘매개물’(Zwischenbau)은 그나이스트가 시도했던 ‘정치적 매개체’와는 완전히 다른 것이라고 설명한다. 그나이스트는 행정의 독자성을 근거로 행정사법을 주장한 사람들과 사법주의를 주장한 사람들 사이의 정치적 타협으로 행정재판소의 설립을 주도하였다. 당시의 상황에 대한 설명은 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.387 참조.

<sup>609)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.62 참조.

<sup>610)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.65 참조.

<sup>611)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.62.

<sup>612)</sup> Ebenda, S.62.

<sup>613)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.65(Fn.20). 여기에

하는 것이라고 설명한다.<sup>614)</sup>

오토 마이어에 따르면, 행정의 사법형식성은 “행정이 사법에 완벽하게 동일한 형태로 끼워 맞춰지는”<sup>615)</sup> 것을 의미하는 것은 아니고, 행정 작용의 목적에 부합하는 범위에서 ‘가능한 한’ 행하여져야 하는 것이라고 한다.<sup>616)</sup> 그리고 행정의 사법형식성은 입법권에 대한, 또한 법규명령과 행정행위를 발할 수 있는 행정청에 대한 법치국가의 요청이라고 한다.<sup>617)</sup> 그러나 오토 마이어는 행정의 사법형식성의 요구에 대하여서도 여전히 ‘법학적 방법’을 통한 ‘적응’(Anpassung)을 강조하면서, ‘법학적 방법’에 의하지 않고 단순하고 급하게 행정의 사법형식성의 도입을 무리하게 시도하는 것을 경계한다.<sup>618)</sup>

“그러나 이러한 (행정의 사법형식성의) 가능성을 촉진시키기 위해서는, 우리의 소재들을 법학적인 방법으로 관통하고 적응시키는 것이 필요하다.”<sup>619)</sup>

### 3. 한스 켈젠의 ‘행정의 사법형식성’과의 비교

오토 마이어는 한스 켈젠의 행정의 사법형식성(Justizförmigkeit) 또는 행정의 사법적 성격(Justizmäßigkeit) 개념은 자신이 설명하는 행정의 사법형식성과는 ‘다른 것’(etwas anderes)이라고 설명한다.<sup>620)</sup> 이에 대하여, 한스 켈젠은

---

서 오토 마이어는 판(Pann)의 견해를 인용하여 설명한다.

614) 오토 마이어의 ‘행정의 사법형식성’에 대한 상세한 설명은 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 20-21면; 이상덕, 『영조물의 개념과 이론』, 2010, 경인문화사, 24-28면; 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 20-23면; 최계영, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 181-185면 등 참조.

615) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.63.

616) Ebenda, S.63 참조.

617) Ebenda, S.63 참조.

618) Ebenda, S.63 참조.

619) Ebenda, S.63.



오토 마이어의 견해에 대하여 다음과 같이 인식하고 있다.

“오토 마이어는 법치국가에서 행정이 따라야 할 것으로 사법(Justiz) 모델을 제시하였다. 오토 마이어는 행정과의 관계에서 법치국가사상의 완성을 다음의 관점에서 보았다: 즉, 재판(Gericht)과 마찬가지로 법률에 복종하는 행정. 오토 마이어는 법치국가적 행정의 본질을 사법형식성으로 보았다.”<sup>621)</sup>

한스 켈젠은 ‘행정의 사법형식성의 요청’에 대하여, 행정에 속하는 어떤 유형의 행위가 ‘사법 판결과의 동질성’ 때문에 사법 판결과 동일한 형태로 나타나게 되는 것을 의미하는 것이라고 한다.<sup>622)</sup> 그리고 이러한 행정의 사법형식성의 요청은 법치국가에 있어서는 부차적인 것이라고 설명한다.<sup>623)</sup> 그에 있어 법치국가의 필수적 요소는 바로 국가가 자신의 모든 권력의 표현의 전체로서 법질서 아래에 복종하는 것, 즉 정치적 원리인 법의 지배 원리이다. 그리고 그러한 정치적 원리의 법적 결과는 ‘국가의 보편적인 인격화’, 즉 국법의 논리적 전제조건인 법치국가사상이라고 한다.<sup>624)</sup>

한스 켈젠은 행정 작용과 사법 작용은 그 실질에 있어서는 동일하고, 단지 형식적·조직적 차이점만이 그 구별기준이 된다고 보았다.<sup>625)</sup> 그에 따르면,

---

<sup>620)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.62(Fn.17) 참조.

<sup>621)</sup> Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Vol. 31, 1913, S.212.

<sup>622)</sup> Ebenda, S.75 참조.

<sup>623)</sup> Ebenda, S.75 참조.

<sup>624)</sup> Ebenda, S.75 참조. 한편, 한스 켈젠은 국가 전체가 법질서에 복종하는 것을 법치국가로 이해하기 때문에, 행정과 관련하여 법치국가 사상은 ‘행정의 사법적 성격’(Justizmäßigkeit der Verwaltung)의 요청에 국한될 수 없다고 한다. Ebenda, S.216 참조.

<sup>625)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 100면. 여기에서는 한스 켈젠의 견해에 대하여, 직접적 행정에 속하는 작용은 ‘행정’에 속하지만 허가·특허 등 신청에 대하여 발령하는 수익적 처분과 행정상 의무 위반에 대하여 과하는 제재처분과 같이 ‘법률을 적용하여 법적 효과를 발생시키는 작용’은 사법과 실질적으로 다르지 않고 단지 ‘담당기관의 조직상의 차이’

행정과 사법은 일반적인 법규범을 적용하는 작용이라는 점에서 본질적인 차이점이 인정될 수 없으며, 기능에 있어서도 아무런 차이가 없고 오로지 담당하는 기관만 다른 것이라고 한다.<sup>626)</sup> 그리고 그 담당기관의 차이 역시 역사적으로 형성된 것이라고 한다.<sup>627)</sup> 이러한 한스 켈젠의 인식에 따르면, 사법과 행정은 본질적으로 동일한 것이기 때문에, 행정의 사법형식성에 대하여는 행정이 사법 판결과의 동질성 때문에 사법 판결과 동일한 형태로 나타나게 되는 것으로 인식하게 된다.<sup>628)</sup>

한스 켈젠의 행정의 사법형식성에 대한 인식은, 사법형식성의 문제를 ‘작용의 본질’이 아닌 ‘담당 기관’의 문제로 보면서 민사재판의 판결과 같은 행정행위의 관념을 중시하는 오토 마이어의 인식과는 — 오토 마이어가 지적한 것처럼 — 다른 것이라고 할 수 있을 것이다. 한스 켈젠이 위와 같이 사법과 행정의 ‘동일성’을 전제로 함에 반하여, 오토 마이어는 사법과 행정의 ‘엄격한 분리’에 기초하고 있다. 오토 마이어는 한스 켈젠과는 달리 행정 작용과 사법 작용의 본질적 차이를 전제로 하면서, 행정 작용이 사법 작용을 담당하는 정규 재판소와 같이 사법의 형식을 갖추어야 한다는 것, 즉 엄격한 법적 작용이어야 한다는 점을 강조하였다는 점에서, 그의 인식은 한스 켈젠의 인식과 차이가 있다고 할 수 있다.<sup>629)</sup>

#### 4. 소결

결국 오토 마이어의 법치국가에 있어 핵심개념을 이루는 행정의 사법형식

밖에 없는 것이라고 설명한다.

<sup>626)</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., 1934, S.90-91 참조.

<sup>627)</sup> Ebenda, S.90-91 참조.

<sup>628)</sup> Hans Kelsen, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 31, 1913, S.75 참조.

<sup>629)</sup> 오토 마이어의 법치국가이념에는 ‘법에 대한 국가의 우위’라는 국가이념에 의해 법치국가를 행정 영역에서 ‘행정의 사법형식성’으로 한정하는 한계가 있다는 견해로 최계영, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 190-192면 참조.

성은 행정이 재판소의 역할을 하는 것, 그리고 행정의 행위가 재판소의 판결이 되는 것을 의미하게 된다.<sup>630)</sup> 행정의 사법형식성은 오토 마이어에 있어서는 사법 작용이나 행정 작용의 성질의 문제가 아니라 ‘담당 기관’의 문제이다. 그래서 재판소(Gericht)라는 기관이 중요하고, 행정이 재판소의 역할을 하는 것이 핵심이 된다. 그리고 행정행위는 재판소의 판결과 같은 법형식으로 이루어져야 하는 것이 된다.<sup>631)</sup>

#### IV. 법치국가 사상의 방법론상 지위

##### 1. 법치국가 사상의 지도적 역할

오토 마이어는 행정에 대한 일반적인 법적 지도 원리로서 ‘법이념’(Rechtsidee)을 발전시켰는데, 법이념은 ‘법소재’(Rechtsstoff)를 완전하게 파악하게 하고 그것을 내용적으로 정리하는 데 기여하는 것이었다.<sup>632)</sup> 오토 마이어의 법치국가 사상은 방법론적으로, 개념·제도·체계를 이끄는 지도이념으로서의 법이념으로 작용한다.<sup>633)</sup> 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 핵심인 법개념과 법제도의 형성은 본질적으로 법치국가 사상에 의하여 지도를 받은 것이다.<sup>634)</sup> 오토 마이어는 법개념과 법제도의 형성에 있어, 실정법규정을 통한 개념구성에만 의존한 것이 아니라 법치국가 이념에 비추어 법제도를 정립하였다는 점에서, 당시의 법실증주의와 구별되는 ‘법학적 방법’을 형성하였다고 평가할 수 있다.<sup>635)</sup>

630) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 21면 참조.

631) 박정훈, 전계논문, 21면 참조.

632) Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.86 참조.

633) 박정훈, 전계논문, 26면 참조.

634) Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S.24 참조.

## 2. 법개념과 법제도 형성에 있어 법치국가 사상의 영향

19세기의 ‘법학적 방법’은 그 목적이 행정을 법에 구속되도록 하려는 것에 있었다.<sup>636)</sup> 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 법치국가 이념에 의한 지도를 받았다는 점에서, 법에 의한 행정의 구속이라는 방법론적 목적에 부합하는 것이었다. 이러한 목적은 행정법의 모든 영역에서 실현되었다.

### (1) 행정법 총론 영역

오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 특징인 법개념과 법제도의 형성에 있어 지도 원리인 법치국가 이념이 개입한다. 오토 마이어는 이를 ‘법치국가의 요청’(Forderung des Rechtsstaates)으로 표현한다. 지도 원리인 법치국가의 요청은 법개념과 법제도의 형성에 관여한다.

예컨대, 오토 마이어는 ‘행정’ 개념에 새로운 헌법의 도입에 따른 ‘법치국가의 요청’을 역사적 추가물로 포함시킨다.<sup>637)</sup> 즉, 새롭게 만들어진 형태의 입법에 복종하여야 한다는 요청에 구속되어야 한다는 것을 행정이라는 개념 형성에 있어 개념요소로 추가한다.<sup>638)</sup>

법치국가적 요청은 법제도의 형성에도 영향을 미친다. 오토 마이어는 “법규를 만들 수 있는 법률이라는 수단이 풍부하게 사용됨으로써 사법부의 모범형이 완성되는 것, 즉 법질서가 있는 생활을 실현하는 것”<sup>639)</sup>을 법치국가의 요청이라고 한다. 또한, 법치국가의 요청인 ‘행정의 사법형식성’을 법규를

---

635) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 26면 참조.

636) Walter Krebs, Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht, in Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.214 참조.

637) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.9.

638) Ebenda, S.9.

639) Ebenda, S.58-59.

만드는 입법권 및 행정행위와 행정명령을 발하는 행정청에 대한 것으로 이해한다.<sup>640)</sup> 그 밖에도 “법률의 지배를 행정의 영역에도 확보하는 것”<sup>641)</sup>을 법치국가의 요청으로 보고, “법률유보는 행정의 모든 영역에서 법치국가의 요청의 실현”<sup>642)</sup>이라고 한다. 이와 같이 오토 마이어는 법률을 통한 법제도의 형성에도 법치국가의 요청이 폭넓게 관여하는 것으로 본다.

## (2) 각론: 경찰법 영역

오토 마이어의 행정법학에 있어 ‘법치국가의 요청’은 행정법제도 중에서 종래 관방학과 경찰학의 핵심 영역이었던 경찰권과 재정권의 영역에서의 법제도 형성에 있어서 보다 큰 역할을 한다. 오토 마이어에 따르면, 경찰국가는 행정법제도를 알지 못했고, 법치국가에서 비로소 행정법제도가 형성되기 시작하였다.<sup>643)</sup>

오토 마이어는 행정작용의 특수한 유형인 경찰작용에 특유한 공권력의 발현 형태인 경찰권을 대상으로 하는 법제도, 즉 ‘경찰법 제도’가 자신의 『독일행정법』 제19장의 대상이라고 하면서, ‘경찰 개념’(Polizeibegriff)에서부터 논의를 시작한다.<sup>644)</sup> 오토 마이어는 역사적으로 경찰 개념이 라틴어 ‘폴리티아’에서부터 시작되었고, 근대사회에서는 군대와 사법기능을 포함하는 국가의 신민에 대한 모든 관계를 나타내는 개념이 되어, 사회와 그 구성원을 ‘보호’하는 것뿐만 아니라 사회의 이익을 ‘증진’하는 것까지 추가됨으로써 결국 모든 ‘내무행정’을 의미하는 개념으로 확대되었다고 설명한다. 역사적 설명의 다음 단계로, 헌법국가와 법치국가의 성장으로 인해 법적 근거 없이는 더 이상 개인의 자유와 재산을 침해할 수 없는 단계에 이르게 되었다고 한다.<sup>645)</sup> 그리고 경찰권은 신민에 대한 고권적 영향의 포괄적인 수단에 해당하

<sup>640)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.63 참조.

<sup>641)</sup> Ebenda, S.62.

<sup>642)</sup> Ebenda, S.73.

<sup>643)</sup> Ebenda, S.114 참조.

<sup>644)</sup> Ebenda, S.203 참조.

는 공권력인데, 이러한 경찰권은 최대한 법치국가의 형식을 받아들였다고 한다.<sup>646)</sup>

오토 마이어에 따르면, 경찰법제도에 있어 법치국가적 요청은 다음과 같은 형태로 구체적으로 발현된다. 즉, 개인의 자유와 재산을 침해하는 경찰하명을 하는 경우에는 반드시 법적 근거가 있어야만 유효한 하명을 할 수 있다.<sup>647)</sup> 그리고 이러한 경찰 하명은 행정법이 허용하는 두 가지 형식, 즉 ‘경찰법규’와 ‘행정행위’의 형식을 통하여서만 가능하다.<sup>648)</sup> 그런데 법치국가적 관점에서는 그것만으로는 부족하고, 모든 것이 가능한 한 법규, 즉 경찰법률(Polizeigesetz)과 경찰명령(Polizeiverordnung)에 의하여 결정되어야 한다는 요건이 필요하다고 한다.<sup>649)</sup>

전술한 바와 같이, 오토 마이어는 『독일행정법』 제1판 서문에서, 경찰권과 재정권은 엄격한 일방성으로 인해 공법으로서의 독자성을 결정적으로 보여주는 것이라고 한다. 종래 관방학의 핵심 영역이었던 경찰과 재정을 ‘법치국가적 요청’이라는 개념을 통하여 새로운 법치국가적 행정법 제도로 형성하였다는 점에서, 오토 마이어의 행정법학은 의미가 있다고 할 것이다.<sup>650)651)</sup>

---

645) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.203-206 참조.

646) Ebenda, S.209 참조.

647) Ebenda, S.228 참조.

648) Ebenda, S.228-229 참조.

649) Ebenda, S.230 참조.

650) 오토 마이어의 법치국가 사상은 ‘법학적 방법’의 지도 원리로 작용한다는 점에 있어서는 의미가 크다고 할 것이지만, 오토 마이어의 법치국가 사상이 그 자체로 완벽한 이론이라는 의미는 아니다. 오토 마이어에 있어서 행정은 법에 의한 구속은 받으나 사법에 의한 통제를 받지 않게 되고, 법치국가가이념이 국가이념에 의한 제한을 받게 되는 한계를 갖는다는 지적으로 최계영, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 180-182면 참조.

651) 재정법 영역에 대한 지도 원리로서 법치국가 사상의 영향은 후술한다.

## 제4절 비교 및 평가

### I. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의

#### 1. 종합과학성의 양면성

로렌츠 폰 슈타인의 방법론의 핵심은 종합적인 국가학적 접근방법, 즉 방법론의 ‘종합과학성’에 있다. 그는 철학, 정치학, 사회학, 경제학 등 다양한 사회과학적 기반의 연구를 수행하면서 그 모든 분야에서 근본적인 발견을 한 학자이면서 동시에 법학자였다.<sup>652)</sup><sup>653)</sup> 그러나 그의 종합적인 연구는 학문 분야가 더욱 세분화된 오늘날에는 더더욱 독립적인 학문으로 평가받기 어려운 상황에 놓여 있다.<sup>654)</sup> 그럼에도 그의 연구는 종합과학성으로 인해 행정법학의 내용을 풍부하게 하였다는 점에서 인정받고 있기도 하다. 오토 바호프는 로렌츠 폰 슈타인의 연구방법이 소멸됨으로써 중요한 지식의 원천들이 사라지게 되어 행정과학과 행정법학이 빈곤해졌다고 평가한다.<sup>655)</sup>

오토 바호프는 행정이 매우 다양한 과학의 대상이라고 하면서, “단면적인 법학적 연구방법은 이제는 과거의 것이고, 이러한 설명은 법학자들 사이에서도 더 이상 반대를 찾기 어렵다”<sup>656)</sup>고 하여, 행정법학의 방법론에 있어서 사회과학 등 다른 학문의 지식을 활용할 것을 제안한다.

---

<sup>652)</sup> Joachim Krause, Renaissance der Staats- und Verwaltungswissenschaften, oder kreatives Management von Interdisziplinarität?, in: Brüning/Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit, 2015, S.229 참조.

<sup>653)</sup> Utz Schliesky는 행정법학의 역할을 ‘현실에 대한 법적 규율’(rechtliche Regelung der Wirklichkeit)이라고 하면서, 로렌츠 폰 슈타인을 그와 같이 평가한다. Brüning/Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit, 2015, S.III, 12 참조.

<sup>654)</sup> Joachim Krause, a.a.O., S.242 참조.

<sup>655)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.216 참조.

<sup>656)</sup> Ebenda, S.216.

## 2. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 영향

### (1) 독일에서의 영향

로렌츠 폰 슈타인의 ‘행정학’은 18세기와 19세기 초반까지의 관방학과 경찰학에 근원을 둔 것으로 오늘날의 관점에서는 국가학, 역사학, 행정학, 행정법, 경제학, 정치학, 정책학 등이 종합된 학문에 해당하고, 오늘날의 독일 ‘행정학’(Verwaltungslehre)과는 단지 이름만 같을 뿐 완전히 다른 학문이라는 평가를 받고 있다.<sup>657)</sup> 로렌츠 폰 슈타인은 독일 내에서 자신을 따르는 학파를 형성하지 않았고 독일 내에 그의 학맥을 계승할 수 있는 제자도 없었으며, 당시 독일의 상황과 그의 연구의 결과가 부합하지 않았기 때문에 그의 연구는 결국 더 이상의 영향을 남기지 못하고 사라지게 되었다.<sup>658)</sup>

로렌츠 폰 슈타인으로 대표되는 국가학적 방법과 행정학의 쇠퇴 원인은 여러 가지로 설명되고 있다. 그의 연구는 당시의 자유주의적 법치국가라는 국가 이념과 시대적 요구에 맞지 않았고, 법치국가의 요청에 따라 행정에 대한 법학적 연구에 대한 당시의 적극적인 시대적 요구가 있었다는 점, 그리고 독일제국 성립 이후의 시대적 상황이 제국헌법의 제정과 수많은 행정 법률의 공포로 인하여 실정 법률에 대한 해석적 학문의 필요성이 높았으며, 당시 자연과학과 기술의 발전으로 인한 학문의 전문화 촉진 경향으로 인해 종합적·통합적 학문은 과학이 아닌 것으로 인식되는 학문적 경향이 주류적이었던 점 등에 원인이 있는 것으로 분석되고 있다.<sup>659)</sup>

<sup>657)</sup> Günter Püttner, Verwaltungslehre, 4. Aufl., 2007, S.8-9 참조. Günter Püttner는 로렌츠 폰 슈타인의 행정학을 ‘구(舊) 행정학’(ältere Verwaltungslehre)이라 칭하면서, 오늘날의 행정학과와의 사이에는 명백한 단절이 존재한다고 평가한다. 다만, ‘구 행정학’이 아무런 가치가 없는 것은 아니고, 오늘날의 행정학 연구의 기초가 되는 경우도 있음을 인정한다. Ebenda, S.10 참조.

<sup>658)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2139.

<sup>659)</sup> 김운태, 『행정학원론』, 1985, 박영사, 25면 이하; 유훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사, 55면 이하 등 참조.



국가학적 방법이 독일의 행정법학에서 사라지게 된 것은 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 영향도 있을 수 있지만, 오토 바호프는 국가학적 방법이 끝나고 로렌츠 폰 슈타인의 행정학이 사라지게 된 것은 ‘법학적 방법’의 책임은 아니라고 설명한다.<sup>660)</sup> 오토 바호프는 오토 마이어를 비롯한 ‘법학적 방법’의 지지자들이 ‘법학적 방법’을 통하여 국가학적 방법과 행정학을 축출하려고 의도하였던 것도 아니고, 국가학과 행정학이 완전히 소멸된 것이 ‘법학적 방법’ 때문도 아니라고 하면서, 당시 독일의 법실증주의적 기본자세에서 그 원인을 찾는다.<sup>661)</sup>

로렌츠 폰 슈타인의 활동 시기는 독일에서 법실증주의가 전성기를 맞이하던 시기였다는 점에서, 로렌츠 폰 슈타인의 방법론의 쇠퇴는 법실증주의에 가장 큰 원인이 있는 것으로 보인다.<sup>662)</sup> 그럼에도 한편으로 로렌츠 폰 슈타인의 행정법학은 오토 마이어가 인정한 것과 같이, “독일 행정법학의 기초와 주춧돌이 되었다.”<sup>663)</sup>는 긍정적 평가도 받고 있다. 그의 연구는 행정법학의 소재를 풍부하게 하였으며, 특히 ‘행정법학의 독립’에 기여한 것으로 평가받고 있다.<sup>664)</sup>

당시 독일에서는 법치국가의 건설이 책임 있는 정부를 만드는 핵심적인 열쇠라고 생각하였고, 법치국가의 건설을 위해서 행정가에 대한 교육과정에서는 다른 사회과학보다 행정법을 가르치는 것이 중요하게 인식되었다. 그 결과로 행정에 대한 학문에 있어서는 ‘법학의 독점’ 경향이 지속되었다.<sup>665)</sup>

<sup>660)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.215-216 참조.

<sup>661)</sup> Ebenda, S.216 참조.

<sup>662)</sup> 독일에서 19세기는 ‘법학적 법실증주의’(Rechtswissenschaftlicher Positivismus) 시대로, 학문적 관심사는 법치국가에 대한 근거를 제시하는 것에 있었다는 설명으로, 아르투어 카우프만(김영환 역), 『법철학』, 2013, 나남, 89-90면 참조.

<sup>663)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.19(Fn.10).

<sup>664)</sup> Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1883, Vorwort. 김운태, 『행정학원론』, 1985, 박영사, 23면에서 재인용.

<sup>665)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration,

오토 바호프는 로렌츠 폰 슈타인의 행정법학 방법론과의 단절로 인하여, 중요한 지식의 원천들을 잘라내게 되어, 결국 행정과학과 행정법학이 빈곤해졌다고 평가한다.<sup>666)</sup>

## (2) 일본과 미국에의 영향

로렌츠 폰 슈타인의 행정법학은 독일에서는 별 다른 영향을 미치지 못하고 있지만, 일본과 미국에 상당한 영향을 미친 것으로 평가된다. 그러한 면에서 역사적으로 일본과 미국의 영향을 받을 수밖에 없었던 우리나라에도 로렌츠 폰 슈타인의 영향은 비록 간접적일지라도 적지 않았을 것으로 예상할 수 있다.

### 1) 일본에의 영향

로렌츠 폰 슈타인의 영향을 가장 많이 받은 나라는 메이지 시대의 일본이다.<sup>667)</sup> 메이지 유신 시대의 일본에 가장 많은 영향을 미친 나라는 독일 특히 프로이센이고, 독일의 정치학자와 법학자 중에서 특히 칼 프리드리히 헤르만 로슬러<sup>668)</sup>(Carl Friedrich Hermann Roesler), 루돌프 폰 그나이스트, 로렌츠 폰 슈타인이 가장 큰 영향을 미친 학자로 꼽힌다.<sup>669)</sup> 그런데 로슬러와 그나이스트는 로렌츠 폰 슈타인의 영향을 받았기 때문에, 결국 로렌츠 폰 슈타인

---

1998, p.2139. 독일에서는 행정학을 전공하는 대학생들이 1950년대에 행정에 대한 학문의 법학 독점현상을 비판하며 로렌츠 폰 슈타인의 방법론으로의 회귀를 주장하는 운동을 하였다고 한다.

<sup>666)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.216 참조.

<sup>667)</sup> Joseph Pittau, Political Thought in Early Meiji Japan 1868-1889, Harvard University Press, 1967, pp.131-136.

<sup>668)</sup> 독일의 법학자이자 경제학자로, 메이지 유신 시대에 일본의 외국인 자문관을 지낸 것으로 알려지고 있다.

<sup>669)</sup> Ibid., p.131.

이 일본에 가장 큰 영향을 주었다고 할 수 있을 것이다.<sup>670)</sup>

당시 일본은 ‘이와쿠라 사절단’<sup>671)</sup>을 통하여 로렌츠 폰 슈타인과 연결되었다. 1873년 오스트리아 빈에서 ‘국제 박람회’(International Exhibition)가 개최되었는데, 이토오 히로부미(伊藤博文)와 이와쿠라 도모미(岩倉具視)가 빈을 방문하게 되었고 당시 로렌츠 폰 슈타인이 일본 사절단과의 만찬에 참석한 것을 계기로 하여 로렌츠 폰 슈타인과 일본 메이지 시대의 주요 인물들과의 연결이 시작되었다.<sup>672)</sup> 그리고 이토오 히로부미가 1882년 빈 대학에서 로렌츠 폰 슈타인의 강의를 수강함으로써 로렌츠 폰 슈타인의 학문은 일본에 큰 영향을 미치게 되었다.<sup>673)</sup>

## 2) 미국에의 영향

미국에 있어서는 오히려 로렌츠 폰 슈타인은 잘 알려지지 않았으나<sup>674)</sup>, 미국 행정학의 창시자들의 연구에 로렌츠 폰 슈타인의 영향이 남아 있는 것으로 평가되고 있다.<sup>675)</sup> 예를 들어, 미국 행정학의 창시자이자 훗날 미국 연방 대통령을 지낸 우드로 윌슨(Woodrow Wilson)은 ‘행정’ 개념의 형성과 그의 핵심개념인 ‘정치·행정 이원론’의 형성에 로렌츠 폰 슈타인의 영향을 받은 것으로 평가되고 있다.<sup>676)</sup> 우드로 윌슨은 로렌츠 폰 슈타인의 ‘헌정’과 ‘행

---

<sup>670)</sup> Joseph Pittau, *Political Thought in Early Meiji Japan 1868-1889*, Harvard University Press, 1967, p.133 참조.

<sup>671)</sup> 1871년부터 1873년까지 일본이 근대화 촉진을 위해 유럽과 미국에 파견한 사절단을 말한다.

<sup>672)</sup> Ibid., pp.132-133.

<sup>673)</sup> Ibid., p.133.

<sup>674)</sup> Ibid., p.133. 조세프 피타우는 로렌츠 폰 슈타인을 “19세기 독일의 가장 위대한 사회과학자 중의 한 사람”으로 소개하면서, “상대적으로 영어권 국가들에는 알려지지 않은 인물”이라고 평가한다.

<sup>675)</sup> Jay M. Shafritz, *International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, 1998, p.2139 참조.

<sup>676)</sup> Christian Rosser, *Woodrow Wilson's Administrative Thought and German Political Theory*, *Public Administration Review*, Vol.70, No.4. p.547 참조.

정'의 개념적 구분에 영향을 받아, 자신의 저서인 『행정의 연구』(The Study of Administration, 1887)에서 헌법의 시대가 가고 행정의 시대가 왔다고 선언하면서, 헌법의 영역과 행정 기능의 영역은 명백하게 구별되어야 한다고 주장했다.<sup>677)</sup> 이것은 우드로 윌슨이 로렌츠 폰 슈타인의 저서 『행정학』에서 “전체로서의 국가의 생활과 그 조직적 요소를 완전히 이해하기 위해서는 더 이상 헌법 제정절차에 집중하여서는 안 되고 오히려 행정에 대한 연구에 집중하여야 한다.”<sup>678)</sup>는 표현으로부터 영향을 받은 것으로 평가되고 있다.<sup>679)</sup> 우드로 윌슨은 행정은 공법을 상세하고 체계적으로 집행하는 작용이라고 하면서, 행정의 예로 세금의 계산, 범죄자 처벌, 교통, 우편, 군대 등의 국가의 일반적인 법 집행 작용을 열거하고, 헌법은 이러한 공법을 집행하는 정부의 기관에 대하여만 규율하는 것이라고 하여 두 개념을 구분한다.<sup>680)</sup>

우드로 윌슨에 이어 미국 행정학의 초기 주요학자 중 한 명인 프랭크 굿노우(Frank J. Goodnow) 역시 로렌츠 폰 슈타인의 영향을 받은 것으로 평가된다.<sup>681)</sup> 그는 자신의 저서인 『정치와 행정』(Politics and Administration, 1900)에서 로렌츠 폰 슈타인의 영향으로 ‘국가의 의사’(the will of the state)라는 개념을 사용하면서, 행정을 ‘국가 의사의 실행’(execution of the will of the state)으로 설명한다.<sup>682)</sup> 이와 같이 로렌츠 폰 슈타인은 미국의 초기 행정학자들에게 상당한 학문적 영향을 끼쳤음을 알 수 있다.

---

<sup>677)</sup> Christian Rosser, Woodrow Wilson's Administrative Thought and German Political Theory, Public Administration Review, Vol.70, No.4. p.550 참조.

<sup>678)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 1870, S.3; zitiert nach Christian Rosser, Woodrow Wilson's Administrative Thought and German Political Theory, Public Administration Review, Vol.70, No.4. p.550.

<sup>679)</sup> Christian Rosser, Woodrow Wilson's Administrative Thought and German Political Theory, Public Administration Review, Vol.70, No.4. p.550 참조.

<sup>680)</sup> Shafritz/Hyde, Classics of Public Administration, 2007, p.23 참조.

<sup>681)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2139.

<sup>682)</sup> Shafritz/Hyde, Classics of Public Administration, 2007, p.28-29 참조.

## II. 오토 마이어 행정법학의 방법론적 의의

### 1. 행정에 대한 ‘법학’으로서의 정체성과 독창성

오토 마이어는 독자적 학문으로서 독일 행정법학을 정립하는 것에 학문의 목적을 두고 있었다. 오토 마이어 스스로의 평가와 같이 “독일 행정법은 사람들이 기뻐할만한 하나의 학문(Wissenschaft)이 되었다.”<sup>683)</sup> 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 다음의 두 가지 측면에서 행정법학으로서의 정체성 확립에 기여하였다고 평가할 수 있을 것이다.

#### (1) ‘법학적 방법’을 통한 ‘위대한 단순화’

오토 마이어는 ‘법학적 방법’을 통하여 행정법을 하나의 체계를 가진 학문으로 구성하였으며, 특히 행정법 총론을 완성함으로써 행정법학도 당시의 판덤펜 법학의 전통<sup>684)</sup>을 따르는 ‘법학’의 하나의 지위를 인정받을 수 있도록 하였다. 오토 마이어를 통하여 행정법 총론이 완성됨으로써, 행정법학은 잡다한 법률들의 나열에 불과한 것, 즉 법규의 ‘혼합체’(Konglomerat)에 대한 설명으로부터 벗어나, 법적 형태를 가진 하나의 학문으로 인정받을 수 있게 되었다.

플리츠 플라이너의 평가에 따르면, 오토 마이어의 ‘법학적 방법’을 통하여 일반 행정법의 개념들을 확정적인 법률규정으로 통합할 수 있게 되었고, 행정을 하는 국가와 국민 사이의 복잡한 관계의 복잡성을 줄여서 이를 단순하고 기본적인 법적 형태로 만드는 법적 사고의 발견을 통하여 모든 ‘위대한 단순화’(große Vereinfachung)가 달성되었다고 한다. 그리고 법을 적용하여야 하는 위치에 있는 법관이나 공무원들은 ‘위대한 단순화’를 통하여 실정 법률

<sup>683)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, Vorwort.

<sup>684)</sup> ‘판덤펜(Pandekten) 법학’은 ‘체계적 이론을 통한 추상적 일반화’를 그 방법론으로 한다. 현승중/조규창, 『로마법』, 1996, 법문사, 433면 참조.

이 없는 사안에 대하여도 새로운 법률관계나 법률적 상황에 대응할 수 있게 되었다고 평가한다.<sup>685)</sup>

## (2) ‘법이념’에 의한 지도를 받는 ‘개념 - 제도 - 체계’의 ‘법학적 방법’

### 1) ‘법학적 방법’으로서의 ‘정체성’

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 다양한 행정 영역에서 일반적인 ‘개념’과 ‘제도’를 만들어내는 것이고, 그렇게 만들어진 개개의 법제도들을 체계화하는 것을 목적으로 하는 것으로, “법 소재들을 고도의 추상화와 구조화(구성)에 따라 법질서로 정리”<sup>686)</sup>하는 것을 방법론적 특징으로 한다. 이러한 방법론을 통하여 다양한 소재들을 ‘뚫고 들어가서’, 그 소재들을 내용적으로 정리하는 것이다.

이러한 방법론적 특징을 발터 엘리네크는, 행정법의 ‘법적 관통’(juristische Durchdringung)이라고 한다.<sup>687)</sup> 그는 오토 마이어의 행정법학 방법론에 대하여, “대상(Gegenstand)으로 인하여 위축되지 않고, 오히려 다루기 어려운 소재들을 능수능란하게 다루었다”<sup>688)</sup>고 평가하면서, 오토 마이어가 이러한 소재들을 ‘탁월한 기술’(unvergleichliche Kunst)로 다루었다고 한다.<sup>689)</sup>

### 2) 법이념을 통한 ‘독창성’

위와 같은 오토 마이어의 방법론은 종래의 ‘법학적 방법’을 승계한 것이라

---

<sup>685)</sup> Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.44-45 참조.

<sup>686)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.215, 218 참조.

<sup>687)</sup> Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S.104 참조.

<sup>688)</sup> Ebenda, S.105.

<sup>689)</sup> Ebenda, S.105.

고 할 수 있을 것인데, 그러나 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 여기에 그치지 아니하고, 일반적인 법적 지도원리라는 카테고리를 발전시켰는데, 그것은 바로 법치국가의 ‘법이념’을 의미한다.<sup>690)</sup> 오토 마이어의 법치국가의 법이념은 역사적으로 경찰국가를 지나 법치국가에서 실현된 것이다. 오토 마이어는 스스로 자신의 행정법학 방법론의 독창성을 여기에서 찾았다. 그는 『독일행정법』 제2판 서문에서 다음과 같이 자신의 방법론을 자평한다.

“사람들이 나를 ‘법학적 방법’의 대표자라고 부르는 것이, 그것 외에 다른 것은 없다는 것을 의미하는 것은 아니다. 나의 방법론에는 독창적인 것이 있음을 부인할 수 없다. 그것은 일반적인 법이념의 힘을 신뢰하는 것에 있는데, 그 법이념은 실정 법률의 잡다함 속에서 나타나고 전개되는 것이고, 동시에 역사 속에서 변화하고 발전하는 것이다.”<sup>691)</sup>

발터 엘리네크 역시, 위의 오토 마이어의 『독일행정법』 제2판 서문을 인용하면서, 오토 마이어 행정법학의 독창성은 “일반적인 법이념의 힘을 신뢰하는 것”<sup>692)</sup>에 있다고 평가한다. 이러한 ‘법이념’은 ‘법학적 방법’에 의하여 ‘법소재’들을 뚫고 들어가서, 내용적으로 정리하는 것에 기여하는 역할을 하는 것이다.<sup>693)</sup>

## 2. 행정에 대한 학문으로서의 방법론의 개방성

<sup>690)</sup> Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.86.

<sup>691)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1914, Vorwort.; zitiert nach Ralf Dewitz, Der Vertrag in Der Lehre Otto Mayers, 2004, S.65; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S.105.

<sup>692)</sup> Walter Jellinek, a.a.O., S.105.

<sup>693)</sup> Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.86.

## (1) 방법론의 개방성에 대한 평가

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법을 완전히 배척하는 것이 아니었다. 행정법학의 초기 단계에는 독립된 학문분과로서의 행정법학<sup>694)</sup>의 정체성을 명백하게 나타내고 다른 학문분과와의 방법론적 차이점을 부각시켜야 하는 필요가 컸기 때문에, 로렌츠 폰 슈타인으로 대표되는 국가학적 방법과의 차별성을 부각하는 것은 불가피한 것이었다고 할 수 있다.<sup>695)</sup>

한편으로 오토 마이어는 “행정에 대한 국가학적 고찰은 그 고유한 가치를 가지고 있음”<sup>696)</sup>을 인정하면서, 로렌츠 폰 슈타인의 연구는 “행정법학의 기초와 주춧돌”<sup>697)</sup>이 되었다고 평가하였다. 그러한 면에서 그의 방법론은 비법학적인 것을 모두 배제하려는 것은 아니었다고 할 수 있다.<sup>698)</sup> 오토 마이어는 국가학적 방법을 학문의 영역에서 축출하려고 하지도 않았으며, 자신의 방법론만이 옳다는 ‘방법론적 독재’를 추구하지도 않았다는 평가를 동시에 받고 있다.<sup>699)</sup> 이러한 면에서, 오토 마이어의 방법론은 다른 학문에 대하여 개방적인 특성을 갖는 것으로 볼 수 있을 것이다.

---

<sup>694)</sup> 19세기 당시 독일에서는 특정한 지적 연구자 집단이 자신들만의 독특한 지도사상과 이상을 가지고 있었는데, 이러한 지도사상과 이상을 발전시키고 그것을 ‘학’(Wissenschaft)이라는 단어로 표현했다고 한다. ‘학’에 대한 독일의 전통에 관한 설명으로는 존 시어도어 머츠(이은경 역), 『19세기 유럽 사상사 — 과학적 사고』, 2012, 한길사, 186면 참조.

<sup>695)</sup> Christoph Möllers, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, 2. Aufl., 2012, S.163.

<sup>696)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.19.

<sup>697)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.19.

<sup>698)</sup> Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S.12. 여기에서는 오토 마이어의 이론은 당시의 사회적 모델 즉 자유주의적 법치국가모델과 조화를 이루었다는 것에 큰 성공의 원인이 있다고 평가한다.

<sup>699)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.215-216 참조.



## (2) 구체적 검토

오토 마이어가 『독일행정법』에서 독립적인 ‘학문’(Wissenschaft)으로 언급한 것은 ‘법학’(Rechtswissenschaft), ‘민사법학’(Zivilrechtswissenschaft), ‘국법학’(Staatsrechtswissenschaft), ‘국가학’(Staatswissenschaft), ‘경찰학’(Polizeiwissenschaft), ‘재정학’(Finanzwissenschaft), ‘관방학’(Kameralwissenschaft), ‘경제학’(wirtschaftswissenschaft) 등이 있다. 오토 마이어는 경찰법과 재정법에 대한 설명에서, 특히 국가학, 경제학, 재정학 등 다른 학문의 개념을 차용하면서 그 유용성을 인정한다.

### 1) 경찰법

오토 마이어는 경찰권의 한계를 설명함에 있어, 헤겔의 ‘사회’(Gesellschaft) 개념을 사용한다. 오토 마이어는 ‘사회’ 개념은 거대한 생활공동체를 의미하는 국가학적인 개념이라고 소개하면서, 이러한 사회 개념을 통하여 비법학적인 것을 이해할 수 있다고 한다.<sup>700)</sup>

### 2) 재정법

오토 마이어는 조세의 종류를 설명하면서 ‘직접세’(direkte Steuer)와 ‘간접세’(indirekte Steuer)의 개념을 소개하는데, 이러한 개념은 원래부터 ‘재정학적’ 개념이라고 설명한다.<sup>701)</sup> 특히, “재정학적으로 직접세로 불리는 것이 법적으로 항상 직접세로 설계되는 것은 아니라”<sup>702)</sup>고 하면서, 그로 인하여 “아무런 의미 없는 혼란이 발생”<sup>703)</sup>하게 된다고 한다. 만약 법률이 재정학적 개

---

<sup>700)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.213 참조.

<sup>701)</sup> Ebenda, S.319 참조.

<sup>702)</sup> Ebenda, S.320.

<sup>703)</sup> Ebenda, S.320.

념과 다른 개념으로 용어를 사용한다면, 언제나 해석의 문제가 있게 되는데, 조세의 영역에서는 대부분의 경우에 경제학적 또는 재정학적 개념이 우세하게 될 것이라고 한다.<sup>704)</sup>

### (3) 소결

위와 같이 오토 마이어 스스로 엄격한 일방성으로 인해 공법의 특유성을 결정적으로 보여주는 행정법제도로 소개하고 있는 경찰법제도와 재정법제도의 주요한 개념을 설명함에 있어서도 ‘국가학적’ 개념과 ‘재정학적’ 개념을 사용하는 구체적인 예를 통하여, 오토 마이어의 행정법학 방법론의 개방성을 보다 명확하게 확인할 수 있다고 할 것이다. 오토 마이어는 ‘법학’으로서의 행정법학에 있어서 ‘법학적 방법’에 따라야 함을 강조한 것이지, ‘행정’에 대한 모든 학문이 ‘법학적 방법’만을 따라야 한다는 입장은 전혀 아니기 때문에, 오토 마이어가 다른 학문을 배제하거나 ‘법학적 방법’의 방법론적 독재를 추구한 것은 아니라는 오토 바호프의 평가는 타당하다고 할 것이다.

## Ⅲ. 구체적 비교 - 재정법학을 중심으로

### 1. 로렌츠 폰 슈타인의 재정법학

#### (1) 재정법의 체계적 지위

로렌츠 폰 슈타인의 행정법학 체계에서, 재정법학 영역은 별도로 존재하지 않는다. 전술한 바와 같이, 로렌츠 폰 슈타인은 행정을 외교관계, 군대제도, 재무행정, 사법행정, 내무행정의 5대 영역으로 분류하는 체계를 따르고 있고, 행정법은 주로 내무행정 영역에 대한 법이기 때문에 재정법학을 별도로 행

---

<sup>704)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.320(Fn.7) 참조.

정법의 내용으로 다루고 있지는 않고, 각 내무행정 영역에서 관련되는 조세에 대하여 설명하고 있다.

즉, ‘경찰’에 대하여는 내무행정의 영역 중에서 ‘내무행정과 개인의 생활’의 체계 내에서 ‘경찰제도’(Polizeiwesen)라는 별도의 제도로 설명<sup>705)</sup>하고 있으나, 조세에 대하여는 별도의 ‘제도’(Wesen)로 서술하지 않고 개별 행정 영역 내에서 그에 해당하는 조세의 종류를 설명한다. 오히려 로렌츠 폰 슈타인은 재정학자로서, 『재정학』(Lehrbuch der Finanzwissenschaft)<sup>706)</sup>을 통하여 재무행정에 대하여 다루고 있다.

## (2) 조세에 대한 이론

로렌츠 폰 슈타인은 알베르트 샤프레(Albert Schäffle), 아돌프 바그너(Adolph Wagner)와 함께 독일 재정학의 ‘3성’(三星)으로 평가되는데<sup>707)</sup>, 특히 로렌츠 폰 슈타인의 조세이론은 ‘보석’과 같은 걸작으로 극찬을 받고 있다.<sup>708)</sup> 그의 조세이론은 국가이론에서부터 출발하여, 국가와 개인의 필요가 국가 예산의 양쪽 측면, 즉 수입과 지출을 구성하는 것이라고 설명한다.<sup>709)</sup>

### 1) 조세에 대한 국가이론적 설명

---

<sup>705)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.84-93 참조.

<sup>706)</sup> 독일에서 공공재정을 다룬 책 중에 가장 깊이 있는 것으로 평가받고 있는 로렌츠 폰 슈타인의 ‘재정학’은 총 4권으로, 1885년에 출간되었다. Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.153 참조. 본 연구에서는 주로 Richard A. Musgrave의 위 논문을 통하여 로렌츠 폰 슈타인의 조세체계를 설명한다.

<sup>707)</sup> Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.152 참조.

<sup>708)</sup> Ibid., p.173 참조.

<sup>709)</sup> Ibid., p.173 참조.

#### (가) 조세의 체계적 지위

로렌츠 폰 슈타인은 국가와 사회, 개인의 관계에 대한 역사적, 철학적, 정치적 설명에서 조세이론에 대한 설명을 시작한다. 전술한 바와 같이, 로렌츠 폰 슈타인은 국가를 ‘모든 개인의 인격들의 인격적 통일체’(persönliche Einheit aller einzelnen Persönlichkeiten)로 보면서, 국가를 통하여 개인과 사회의 갈등이 조화를 이루게 된다고 한다.<sup>710)</sup> 그는 국가의 생활을 개인생활(persönliches Leben), 경제생활(wirtschaftliches Leben), 그리고 사회생활(gesellschaftliches Leben)의 세 영역으로 나누었는데, 조세에 대하여는 경제생활의 ‘개념과 제도’(Begriff und Wesen) 부분에서 설명한다.<sup>711)</sup> 로렌츠 폰 슈타인에 있어 경제생활은 “인격의 작용과 목적으로 자연적 실체가 성취되는 세계”<sup>712)</sup>이고, “인류의 자연에 대한 조직적인 지배의 세계”<sup>713)</sup>이다.

#### (나) 조세의 발생

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 경제생활 영역의 기본개념과 법률은 ‘경제학’을 형성하는데, 경제학 이론에 따르면 개인은 경제생활의 영역에서 자신의 힘으로는 목적을 성취할 수 없다는 결론에 이르게 되고, 모든 면에서 개인은 자신의 경제적 발전을 위해 필요한 전제조건의 생산을 필요로 하게 된다.<sup>714)</sup>

그리고 이러한 목적을 달성하기 위하여, 개인은 먼저 국가에 대하여 ‘조세’(Steuer)라는 형태로 경제적 수단을 국가에 제공하여야 한다.<sup>715)</sup> 조세를 통하여 국가는 경제적 주체가 되고 국가경제라는 개념과 내용이 생성되는데,

<sup>710)</sup> Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.153 참조.

<sup>711)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.123 참조.

<sup>712)</sup> Ebenda, S.123.

<sup>713)</sup> Ebenda, S.123.

<sup>714)</sup> Ebenda, S.123 참조.

<sup>715)</sup> Ebenda, S.123 참조.

국가는 개인과 마찬가지로 국가의 수입, 국가의 지출, 그리고 ‘재생산’<sup>716)</sup> (Reproduktion)을 할 수 있는 경제적 인격체로 나타나게 된다.<sup>717)</sup> 국가는 개인의 경제적 발전의 전제조건을 만들어 주기 위해서 주로 조세를 통하여 얻은 경제적 수단들을 활용한다.

국가의 경제적 작용은 내무 행정의 주요한 영역을 차지하게 되는데, 국가의 경제적 작용의 목적은 개인이 자신의 경제적 목적을 성취할 수 있도록 그 조건을 마련해 주기 위한 것에 있다.<sup>718)</sup> 로렌츠 폰 슈타인은 이러한 작용을 ‘경제행정’(wirtschaftliche Verwaltung)이라고 부른다.

#### (다) 조세의 역할

로렌츠 폰 슈타인의 이론에 따르면, 국가경제와 민간경제는 양쪽을 모두 유지할 수 있도록 순환이 필요하고, 개인이 경제생활을 통하여 ‘자본의 형성’<sup>719)</sup> (Kapitalbildung)이라는 목적을 실현하기 위해서는 국가의 작용이 필수적이라고 한다.<sup>720)</sup> 그리고 국가는 스스로를 유지하기 위해서 과세의 기반을 재생산할 수 있어야 하고, 민간 경제가 의지할 수 있는 자본을 공급할 수 있어야 하며, 민간 기업은 공공 서비스를 유지하기 위해서 생산비용으로 세금을 납부하는 관계에 있는 것으로 설명한다.<sup>721)</sup>

국가의 공공 서비스는 개인이 사회에서 활동할 수 있는 환경을 만드는 데 사용되고, 개인이 부담하는 세금은 이러한 서비스를 위한 지출이 된다. 세금

---

716) ‘재화의 생산과 소비를 계속적으로 반복하면서 사회 전체가 존속해 가는 것’을 의미하는 경제학 용어이다.

717) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.123 참조.

718) Ebenda, S.123 참조.

719) ‘자본의 창출과 확장’을 의미하는 경제학 용어이다.

720) Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.153 참조.

721) Ibid., p.153 참조. 국가와 민간 영역 사이의 경제순환에 대한 로렌츠 폰 슈타인의 이론을 머스그레이브가 설명하는 내용이다.

은 보상이나 대가와는 무관한 것으로, 시장과도 관계가 없으며, 개인은 국가의 공공 서비스로부터 발생하는 편익을 사회 안에서 누리기 때문에 그 능력 범위 안에서 기여를 해야 하는 의무를 갖게 된다는 것이다.<sup>722)</sup>

## 2) 조세의 3원칙

로렌츠 폰 슈타인은 조세의 3원칙으로 경제성 원칙, 재정 원칙, 국가경제 원칙을 제시한다.<sup>723)</sup> 첫째는 ‘경제성 원칙’(volkswirtschaftliches Princip)으로, 조세 부과로 자본에 대한 침해가 발생하지 않아야 한다는 것이다. 모든 조세는 가급적 순소득에 대하여만 부과하여야 한다는 결론에 이른다. 둘째는 조세 수입은 ‘재정 원칙’(finanzielles Princip)에 따라, 국가가 필요로 하는 수입을 충족할 수 있는 적절한 수준이 되어야 하고 이를 초과하여서는 안 된다는 것이다. 셋째는 ‘국가경제 원칙’(staatswirtschaftliches Princip)으로, 세금을 사용함으로써 조세 기반을 재생산할 수 있어야 한다는 원칙이다. 로렌츠 폰 슈타인은 세금의 가치는 그 수입에 의하여 측정되는 것이 아니라 그 세금을 사용하여 형성한 자본으로 측정된다고 하고, 모든 조세의 목적은 과세 대상의 재생산에 있다고 설명한다.<sup>724)</sup>

## 2. 오토 마이어의 재정법학

### (1) 재정학과 재정법에 대한 오토 마이어의 인식

오토 마이어는 당시의 유명한 재정학자인 바그너를 인용하면서, 재정학을 “국가가 그 임무의 달성을 위하여 필요한 자금을 조달하고 사용하는 방법을

---

<sup>722)</sup> Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.173 참조.

<sup>723)</sup> Ibid., p.173 참조.

<sup>724)</sup> Ibid., p.173 참조.

보여주고 자금의 조달과 사용을 위한 방책을 확립하려고 하는 학문”<sup>725)</sup>으로 정의한다. 재정을 다루는 학문이라는 점에서 재정학과 재정법은 공통되므로, 오토 마이어는 재정학은 다양한 방법으로 재정법과 마주치게 된다고 한다. 오토 마이어는 재정학의 입장에서는 재정법이 법률, 명령, 지시 등을 통하여 재정학에 소재를 제공하는 역할을 한다고 인식하고 있다고 설명하면서 그 대표적인 학자로 로렌츠 폰 슈타인을 소개한다.<sup>726)</sup> 반면에, 재정법학의 입장에서는 재정법학이 재정학에 단순히 소재를 제공하는 역할을 하는 것에 그치는 것이 아니라 독자적인 중요성을 갖는 것으로 인식하고 있다고 한다.<sup>727)</sup>

오토 마이어는 재정이라는 대상도 다른 인간사회와 마찬가지로 법과 법질서가 없이는 무의미하게 된다는 점을 강조하면서 재정법과 재정법학의 중요성을 설명한다.<sup>728)</sup> 그에 따르면, 법은 개인의 자유와 소유권의 보호를 위한 전제조건을 수립하고 유지하는 기능을 담당하는 것인데, 재정의 영역에서는 그 상대방이 국가 자신이라는 점에서 법이 그 임무를 수행하기가 특별히 어렵다고 한다.<sup>729)</sup>

오토 마이어는 국가가 시민들의 가장 나쁜 적이 될 수도 있다는 점을 강조하면서, 법질서는 국가의 공권력을 저지하고 심사하는 각종의 법에 개입하게 된다고 설명한다.<sup>730)</sup> 공권력을 수단으로 하는 국가의 재정작용에 대한 재정법은 그래서 행정법의 일부분으로 정의된다고 하면서, 재정법의 법질서에 대한 지도적 사상은 바로 헌법국가와 법치국가라고 한다.<sup>731)</sup>

<sup>725)</sup> Otto Mayer, Finanzwirtschaft und Finanzrecht, in Erk Volkmar Heyen(Hg.), Kleine Schriften zum öffentlichen Recht. 1 Bd., 1981, S.368.

<sup>726)</sup> Otto Mayer, Finanzwirtschaft und Finanzrecht, in Erk Volkmar Heyen(Hg.), Kleine Schriften zum öffentlichen Recht. 1 Bd., 1981, S.368. 오토 마이어는 여기에서 로렌츠 폰 슈타인을 “재정법이 국가학적 사상으로부터 생겨나도록 한 사람”이라고 평가한다.

<sup>727)</sup> Ebenda, S.368 참조.

<sup>728)</sup> Ebenda, S.368 참조.

<sup>729)</sup> Ebenda, S.368-369 참조.

<sup>730)</sup> Ebenda, S.369 참조.

<sup>731)</sup> Ebenda, S.369 참조.

## (2) 법치국가적 요청의 발현

오토 마이어에 따르면, 법치국가적 요청은 재정법 영역의 법제도 형성에서도 발현되고 있다. ‘재정’(Finanz)이란 국가의 수입이고, 재정행정은 국가의 수입을 위한 국가의 작용이며, 재정권은 국가의 수입을 증진시키기 위해 사용되는 독점적인 공권력이다.<sup>732)</sup> 오토 마이어에 따르면, 재정권은 법제도의 ‘폐쇄적인 단면성’을 특징으로 하고, 그래서 경찰권과 서로 짝을 이루는 공권력이다.<sup>733)</sup>

재정권은 경찰권과 마찬가지로 하명, 형벌, 강제 의 형식으로 구성되는데,<sup>734)</sup> 그 중에서 가장 중요한 것은 조세부과(Steuer Auflage)이다. 조세는 국가소득을 증가시키기 위하여 일반적인 기준에 따라 신민에게 공권력을 통하여 부과된 금전납부(Geldzahlung)이다.<sup>735)</sup> 조세부과에 있어서 국가는 “국가로 하여금 부담능력에 따라 조세부담을 배분하도록 하고, 건전한 경제정책을 고려하여 최소한의 부담을 부과하여야 하고, 국민경제에의 방해가 최소한이어야 한다.”<sup>736)</sup>는 ‘정의의 원칙’(Grundsatz der Gerechtigkeit)의 적용을 받는다. 그러나 오토 마이어는 법학적 연구를 위해서는 여기에 그치지 아니하고, “헌법국가와 법치국가의 요청에 따라 형성된 이러한 국가적 절차가, 어떻게 그 특별한 법적 형식을 발전시켜나가는가”<sup>737)</sup>라는 질문에 답을 제시하여야 한다는 점을 지적한다.<sup>738)</sup>

조세부과에 있어 법치국가의 요청은 구체적으로 두 방향으로 나타나고 있다. 첫째는, 조세부과는 침익적 행위이므로, 반드시 법률적 근거가 필요하다는 것이다. 그리고 조세의 본질상, 일반적 기준을 요구하고, 어떠한 자유재량

---

<sup>732)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.315, 330 참조.

<sup>733)</sup> Ebenda, S.315 참조.

<sup>734)</sup> Ebenda, S.315 참조.

<sup>735)</sup> Ebenda, S.316 참조.

<sup>736)</sup> Ebenda, S.316.

<sup>737)</sup> Ebenda, S.316.

<sup>738)</sup> Ebenda, S.316 참조.



의 사용도 있어서는 안 되며, 법규에 적합하도록 규율되어야 한다는 요구가 있다고 한다.<sup>739)</sup> 다음으로, 법치국가의 요청은 조세부과와 관련한 법제도에 ‘(세액) 사정’(査定; Veranlagung)이라는 추가적인 제도를 형성한다.<sup>740)</sup> 개별 사안에서 어떠한 행위가 집행되기 전에, 행정행위를 통하여 설명되고 구속력이 발생하여야 한다는 법치국가의 추가적 요청이 있고, 조세부과에 있어서 그러한 행위를 (세액) 사정이라고 부른다고 설명하면서, 이러한 법치국가적 요청은 조건적인 것이 아니라, 가능한 한 언제나 하여야 하는 요청임을 강조한다.<sup>741)</sup>

### 3. 비교

오토 마이어는 재정법을 경찰법과 함께 공법의 전형을 나타내는 법제도로 보고, 하명, 형벌, 강제의 형식으로 재정법 제도를 구성하고 있으며, 법치국가적 요청에 의한 지도를 통하여 (세액)사정 등의 법제도를 추가하는 등, 재정법 제도를 법치국가의 틀 속으로 수용하려 하였다.

반면, 로렌츠 폰 슈타인은 자신의 국가와 사회 및 개인의 관계에 대한 정치철학적 설명에서부터 조세의 목적과 체계에 대한 설명을 도출한다. 국가의 발전은 각 개인의 발전으로 측정되는 것이고, 국가의 목적은 개인의 발전에 있으며, 조세의 목적은 자본의 형성을 통한 재생산에 있다고 한다. 또한 복잡한 조세 문제의 해결을 위한 행정에 있어서도, 조세단위(Steuereinheit), 세율(Steuerfuß), 조세총액(Steuerbetrag) 등의 개념에만 집중하였는데<sup>742)</sup>, 이는 그가 조세를 법의 문제가 아니라 단지 국가재정 확충의 수단으로 인식하였음을 보여주는 것이라고 할 수 있을 것이다.

<sup>739)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.316 참조.

<sup>740)</sup> Ebenda, S.318-319 참조. (세액)사정에 대하여는 임현, 『오토 마이어 행정법학의 현대적 해석』, 1998, 고려대학교 석사학위논문, 92-93면 참조.

<sup>741)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.318 참조.

<sup>742)</sup> Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.174 참조.

조세와 재정에 대한 로렌츠 폰 슈타인의 설명은 역사와 정치, 철학적 요소를 통하여 법을 설명하는 국가학적 방법의 전형을 보여주는 것으로, 오토 마이어의 재정법에 대한 ‘법학적 방법’에 따른 설명과 극명한 대조를 이룬다.

#### IV. 결론

로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법과 같은 종합학문적 연구는 오늘날에도 독립적인 학문분과로 인정받기는 어려울 것이다.<sup>743)</sup> 다만, 정책결정과정에서 관련 이슈가 있는 경우에, 그에 따라 다양한 학문 분과들이 학제적인 공동협의를 통하여 문제를 해결하기 위한 정책협의(Politikberatung)의 방법론으로 제안되고 있는 ‘창조적 관리’<sup>744)</sup>(Kreatives Management) 모형과 같은 경우에, 로렌츠 폰 슈타인의 종합과학적인 방법론은 의미를 가질 수 있을 것이다.

오토 마이어의 방법론은 개념·제도·체계의 법적 구성을 중시하는 종래의 ‘법학적 방법’의 전통을 따르면서도, 법치국가의 법이념이 지도하는 ‘법학적 방법’이라는 독창성을 가지고 있고, 한편으로는 다른 학문을 인정하는 방법론적 ‘개방성’을 함께 가지고 있다고 할 수 있다. 오토 바호프는 행정은 매우 다양한 과학의 대상이고, 단면적인 법학적 연구방법은 이제는 과거의 것이라고 하면서, 다양한 사회과학적 지식을 행정법학 연구에 수용하여야 한다고 주장하였는데<sup>745)</sup>, 이러한 주장은 오토 마이어의 ‘법학적 방법’과도 모

<sup>743)</sup> Joachim Krause, Joachim Krause, Renaissance der Staats- und Verwaltungswissenschaften, oder kreatives Management von Interdisziplinarität?, in: Brüning/Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit, 2015, S.242 참조.

<sup>744)</sup> Ebenda, S.236-241 참조.

<sup>745)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.216 참조. 한편, 오토 바호프는 위 논문을 통하여 이른바 ‘행정법관계’를 행정법학의 대안으로 제시하였는데, 이러한 행정법관계론 역시도 ‘법학적 방법’의 범주 내에 있는 것이므로, 방법론을 주된 연구대상으로 하는 본 연구에서는 이에 대하여는 별도로 논의하지 않기로 한다. 행정법관계론에 대한 설명은 김현준, 『행정법관계에서의

순되지 않고 병존할 수 있는 것이다. 이하에서는 행정법학의 정체성·독자성의 관점과 방법론적 개방성의 관점에서, 오토 마이어의 행정법학 방법론이 우리나라에 주는 시사점에 대하여 살펴본다.

---

사인의 권리와 의무』, 법문사, 2012, 5면; 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 273-274면 등 참조. 행정행위론과 행정법관계론의 비교에 대하여는 Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S.14-15 참조.

## 제5장 우리나라에의 시사점

다른 학문분과에 대한 행정법학의 개방성과 독자성은 계속하여 순환하고 있다.<sup>746)</sup> 행정법학의 방법론적 개방성의 전제로, 먼저 행정법학의 독자성과 정체성의 확보가 필요하다. 행정법학이 독자적 학문으로서의 정체성을 확립하기 위해서는 우선적으로 규범학이라는 행정법학의 본질적이고 근원적인 기초를 공고하게 하는 것에서부터 출발하여야 한다. 행정법학의 독자성과 정체성의 확보는 방법론의 개방에 대한 선행조건이라고 할 수 있다.

한편, 행정법학의 방법론적 개방성을 논의하기 위해서는 먼저 행정법학과 공통의 연구대상을 가지고 있는 행정학과의 관계에서부터 시작하여야 한다. 행정법학과 행정학의 관계는 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 주된 논의 대상이었고, 오늘날에도 여전히 중요한 논의의 과제이다.

### 제1절 행정법학과 인접 학문과의 관계

본 절에서는 행정법학의 개방성에 대한 논의를 위하여 먼저 국가와 행정을 대상으로 하는 인접 학문들과 행정법학의 관계에 대하여 미국, 독일, 우리나라에서의 논의를 살펴본다.<sup>747)</sup>

#### I. 행정법학과 행정학의 관계에 대한 논의

##### 1. 미국

---

<sup>746)</sup> Christoph Möllers, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, 2. Aufl., 2012, S.163 참조.

<sup>747)</sup> 사회과학에 속하는 학문이 해당하고, 주로 행정학이 문제된다. 이하에서는 행정법과 행정학의 관계를 중심으로 살펴본다.

## (1) 행정법학의 흐름

전통적인 견해에 따르면 미국에서 행정법은 ‘행정청의 권한과 절차에 관한 법’으로 정의된다.<sup>748)</sup> 미국의 행정학과 행정법의 관계에 대하여는 Bernard Schwartz의 다음의 설명이 행정법의 범위에 대한 미국의 전통적 견해의 입장에 따른 정확한 해답을 주고 있다.

“미국의 법률가에게 있어서, 행정의 문제는 있지만, 행정법의 문제는 없다; 행정의 문제는 주로 정치학자들의 관심사이다. 미국에서 행정법은 행정에 관련된 법률로 인식되지 않는다. 미국에서 행정법은 권한(power), 구제수단(remedy), 그리고 다음의 질문에 대한 것으로 한정되어 있는데, 즉 (1) 행정청(administrative agency)에 어떠한 권한이 주어졌는가? (2) 그러한 권한의 한계는 무엇인가? (3) 행정청들이 그러한 한계 내에 있도록 하는 방법은 무엇인가? 라는 것이다.”<sup>749)</sup>

그리고 위의 세 가지 질문에 답하기 위하여, 행정법은 행정청에 대한 권한의 위임(delegation), 행정권이 행사되는 방식, 그리고 행정청의 행위에 대한 사법심사의 문제를 다루게 된다.<sup>750)</sup> 미국 행정법에서는 위임입법, 행정절차, 정보공개, 행정조사, 행정행위에 대한 사법심사 등이 중요한 주제가 된다.<sup>751)</sup>

한편, 1970년대 이후 미국에서는 행정법에 있어 행정현상에 대한 실체적 접근이 필요하다는 인식이 확대되어 행정법학의 범위가 확대되고 있다.<sup>752)</sup> 행정법을 가장 광범위하게 정의한 경우에는 ‘정부에 대한 법적 통제’(legal control of government)로 정의하게 되고, 그 범위를 좁히면 행정청의 권한과 구조를 정의하고, 행정청이 따라야 하는 절차를 정하고, 행정결정의 효력을

<sup>748)</sup> 이상규, 『영미행정법』, 2001, 법문사, 43면 참조.

<sup>749)</sup> Bernard Schwartz, Administrative Law, 3rd. 1991, pp.2-3.

<sup>750)</sup> Ibid., p.3 참조.

<sup>751)</sup> 이상규, 전제서, 44면 참조.

<sup>752)</sup> 이에 대한 설명은 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2012, 법문사, 3면 참조.

결정하고, 사법심사기관의 역할을 정하는 것 등으로 정의할 수 있다고 한다.<sup>753)</sup><sup>754)</sup> 동 견해는 행정청이 규제하는 모든 분야에는 그에 상응하는 실체적인 법률과 절차적인 법률이 존재하는데, 모두 행정청과 관련되는 것이어서 그러한 법률들은 행정법으로 분류할 수 있다고 본다.<sup>755)</sup> 그리고 행정청은 ‘규제’(regulation)에 관여하고 있으므로, ‘규제’가 행정법의 중요한 내용이 된다고 한다.<sup>756)</sup>

다음으로, 미국 행정법학의 새로운 경향으로 ‘행정법의 정책지향’을 들 수 있다.<sup>757)</sup> 이러한 경향의 대표적인 연구로 C. S. Diver의 연구를 들 수 있는데, 그는 행정법은 본질적으로 공공정책이 어떻게 만들어져야 하는 것인가에 대한 이론적 탐구라고 보는 입장에 있다.<sup>758)</sup> 동 견해는 정책학에 있어서 정책결정의 방법론인 합리주의와 점증주의 모형을 행정법의 방법론으로 활용하였다는 점에 의미가 있다.<sup>759)</sup>

<sup>753)</sup> Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz, Administrative Law and Regulatory Policy, 7th, 2011, p.2 참조.

<sup>754)</sup> Richard J. Pierce, Jr.는 행정법을 정부의 시민에 대한 행위와 시민의 정부에 대한 행위를 모두 포함하는 것으로 이해하면서 특히 ‘정부에 의한 의사결정의 과정’을 중요한 대상으로 인식한다. Richard J. Pierce, Jr., Administrative Law Treatise, 5th, 2010, pp.1-3 참조.

<sup>755)</sup> Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz, Administrative Law and Regulatory Policy, 7th, 2011, p.3 참조.

<sup>756)</sup> Ibid., p.3 참조. Breyer 등의 견해에 따르면, 오늘날의 행정법학에서의 중요한 발전은 법학적인 것이 아니라 기술적인 것이고, 행정법은 인터넷과 그와 관련된 기술에 의존하고 또한 그것에 의하여 형성된다고 한다. 이에 대한 설명은 Ibid., p.29 참조.

<sup>757)</sup> 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 6면 참조.

<sup>758)</sup> C. S. Diver, Policymaking Paradigms in Administrative Law, Harvard Law Review, Vol. 95, No. 2(Dec., 1981), p.393; 김유환, 전거서, 6면 등 참조.

<sup>759)</sup> 다만 정책학은 정책결정의 ‘방법’과 ‘절차’에 대한 메타학문적 성격을 갖는 학문이고, 그 방법론 역시 정책결정의 방법에 대한 것이지 그 내용에 대한 것은 아니기 때문에, 행정법의 ‘정책지향’과 ‘실체중시적’ 행정법은 서로 구별되는 것으로 생각된다.

## (2) 행정학의 경향

오늘날의 행정학의 기원에 대하여는 유럽의 ‘관방학’(cameralism)을 행정학의 기원으로 보는 견해<sup>760)</sup>와 유럽의 관방학을 행정법학의 기원으로 이해하면서 행정학은 독일에 비하여 민주화가 일찍 진행된 영국과 미국에서 행정의 능률을 위하여 탄생하였다고 보는 견해<sup>761)</sup>가 주장된다.<sup>762)</sup>

미국 행정학은 성립 초기인 1880년대부터 1930년대에 이르기까지는 법적·제도적 접근방법을 택하였기 때문에 행정학이 어느 정도 (행정)법학과 관련을 가질 수 있었으나, 관리학과에 의한 과학적 접근법이 자리 잡은 이후부터는 행정학은 (행정)법학과는 결별하고 정치학, 경영학과와의 관계에서 주로 논의되면서 행태주의, 비교행정론, 발전행정론, 체계이론, 신행정학<sup>763)</sup>, 공공선택론 등으로 발전되어 왔다.<sup>764)</sup> 현재의 미국 행정학은 신공공관리론에 입각한 거버넌스 논의와 2000년대 이후의 신거버넌스 논의의 단계에 있다고 할 수 있다.<sup>765)</sup>

한편, 미국에서는 1960년대 후반 이후 행정학 내에서 ‘정책지향성’(policy

---

760) 유훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사, 51면.

761) 박동서, 『한국행정론』, 1998, 법문사, 65면; 오석홍, 『행정학』, 2013, 박영사, 4면. 19세기말 미국에서 시작된 행정학이 오늘날의 행정학의 연구대상이고, 그 이전의 연구들은 행정학의 연구의 범위에서 제외되어야 하는 것으로 보는 견해로는 오석홍, 전게서, 4면 참조.

762) 유럽에서 시작된 관료제에 대한 연구와 관방학 등을 모두 포함하여 유럽에서의 행정학의 기원을 파악하고, 미국에서 시작된 행정 연구를 미국에서의 행정학의 기원으로 파악하여 양자를 모두 행정학의 기원으로 보는 견해로는 정용덕 외, 『현대 국가의 행정학』, 2014, 법문사, 14면 참조.

763) 미국에서 1960년대 말에 왈도(D. Waldo)에 의하여 주창된 ‘신행정학’(New Public Administration)은, 종래 행태주의적 행정학의 가치중립적 성격을 비판하면서 ‘가치’와 ‘규범’ 중심의 연구를 강조하고 특히 ‘사회적 형평성’을 중시할 것을 주장한 행정학의 연구경향이다. 신행정학에 대하여는 오석홍, 전게서, 57면 이하; 유훈, 전게서, 76면 이하 참조.

764) 미국 행정학의 역사에 대한 설명은 정용덕 외, 전게서, 108면 이하; 정정길, 『행정학의 새로운 이해』, 2007, 대명출판사, 35면 이하 등 참조.

765) 정용덕 외, 전게서, 118면 참조.

orientation)을 가지는 새로운 연구경향이 강력하게 부각되었는데, 그것은 시카고 대학과 예일 대학의 교수를 지낸 해롤드 라스웰(Harold D. Lasswell, 1902-1978)이 주도한 ‘정책학’이다.<sup>766)</sup> 정책학은 문제 해결이라는 현실적인 목표를 추구하는 ‘문제 지향적’ 학문으로, 문제 해결을 위하여 다양한 학문의 이론과 방법론을 활용하는 것, 즉 ‘학문통섭적 접근방법’(consilience approach)을 방법론적 특징으로 한다.<sup>767)768)</sup>

### (3) 검토

미국에서는 국가와 행정에 대한 연구가 종래에는 주로 행정학·정책학을 중심으로 이루어졌기 때문에, 상대적으로 행정법학의 역할은 크지 않았다고 볼 수 있다. 그러나 ‘규제’에 대한 행정법학의 강조 또는 행정법학의 ‘정책 지향’ 등을 통하여 행정법이 — 가장 광범위한 의미로 — 정부에 대한 법적 통제로 기능함으로써 그 역할이 확대되고 있다고 할 수 있을 것이다.

한편, 미국에서는 정부 규제에 있어 규제정책의 과정과 절차의 개선방안 중 하나로 사법심사의 강화가 대안으로 제시되기도 하는데, 이는 정부 규제에 있어 사법부의 역할 강화를 통하여 정부 규제의 적법성과 형평성을 제고하려는 목적을 가지고 있는 것으로 설명되고 있다.<sup>769)</sup>

## 2. 독일

### (1) 행정법과 행정학의 관계에 대한 논의

---

766) 해롤드 라스웰은 법학과 사회과학의 차이점 때문에 정책학자와 법학자의 협업은 대단히 어렵다는 점을 강조한다. Harold D. Lasswell, *The Future of Political Science*, 2005, pp.193-207 참조.

767) 정정길 외, 『정책학원론』, 2006, 대명출판사, 16면 참조.

768) 권기현, 『정책학의 논리』, 2014, 박영사, 8-9, 36면 참조.

769) 최병선, 『정부규제론』, 2004, 법문사, 749-751면 참조.



독일에서의 ‘행정과학’(Verwaltungswissenschaft)은 다음의 세 가지 경향을 포함하는 상위개념으로 사용된다. 주로 사실에 대한 설명에 중점을 두는 행정학(Verwaltungslehre), 합목적적인 정책형성에 중점을 두는 행정정책학(Verwaltungspolitik), 그리고 행정법학(Verwaltungsrechtswissenschaft)이 여기에 해당한다.<sup>770)</sup>

독일에서의 행정에 대한 연구는 19세기 후반 이후 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법으로부터 오토 마이어의 ‘법학적 방법’으로 주도적 경향이 전환되었다.<sup>771)</sup> 이 시기는 독일 행정학의 쇠퇴기로 설명된다.<sup>772)</sup> 특히 법치국가의 이념으로 인해 행정법학이 행정과학을 주도하게 되었다. 그로 인해 당시의 독일 행정학의 특징은 법치주의 원칙을 중심으로 한 ‘근대화’(modernization)에 있었고, 그 결과로 독일의 행정과학은 1960년대까지도 법치국가를 핵심주제로 하였으며, 실정법학의 영향 아래 있게 되었다는 평가를 받는다.<sup>773)</sup>

이 시기의 행정학은 실정법학의 영향으로, “무엇이 옳고 옳지 않은지, 무엇이 적합하고 그렇지 않은지를 정의하고 조정하는 것”<sup>774)</sup>을 그 임무로 하

<sup>770)</sup> Günter Püttner, Verwaltungslehre, 4. Aufl., 2007, S.1-2; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S.98 등 참조. 다만, 독일에서는 현재는 ‘행정학’을 의미하는 두 단어인 ‘Verwaltungswissenschaft’와 ‘Verwaltungslehre’가 거의 동의어와 같이 사용되고 있다고 한다. Günter Püttner, a.a.O., S.1 참조.

<sup>771)</sup> Wolfgang Seibel, Administrative Science as Reform: German Public Administration, Public Administration Review, Vol.56, No.1(1996), p.74 참조. 여기에서 Wolfgang Seibel은 이 시기의 행정학은 로렌츠 폰 슈타인으로 대표되는 ‘상식에 기반한 행정업무 목록’(commonsense-based catalogue)으로부터 오토 마이어에 의한 ‘전문적인 행정 과정에 대한 엄격한 형식적 설명’으로 전환되었다고 설명한다.

<sup>772)</sup> 박응격, “서독행정학의 역사적 변천과 신관리모델”, 한국행정학보, 제13권 제13호(1979), 138-146면 참조. 여기에서는 20세기 초반부터 1960년대까지를 독일 행정학의 ‘재건기’로 설명하는데, 이 시기에는 주로 사회학의 영향을 받은 행정학 연구가 진행되었다고 한다. 박응격, 전제논문, 140-141면 참조.

<sup>773)</sup> Wolfgang Seibel, Administrative Science as Reform: German Public Administration, Public Administration Review, Vol.56, No.1(1996), p.74 참조.

<sup>774)</sup> Ibid., p.75.

였으며, 행정법학과 비교하여 인사·재무·조직의 문제만 추가된 정도의 모호한 성격의 학문에 지나지 않았다.<sup>775)</sup> 1970년대에 이르러서야 비로소 법학이 아닌, 사회과학에 기반한 행정학에 대한 주장이 등장하게 되었으나, 당시에는 사회과학적 행정학은 독립적 학문으로 자리 잡지 못하였다.<sup>776)</sup> 1970년대 이후에도 독일에서는 사회과학, 특히 정치학에 기반한 행정학이 지속적으로 시도되고 있다.<sup>777)</sup>

그럼에도 독일에서는 행정학 연구에 있어서 행정법학의 영향력은 여전히 유지되고 있다. 독일의 행정학 교과서에는 ‘행정’의 개념으로 오토 마이어의 행정 개념을 그대로 사용하고 있고,<sup>778)</sup> 행정학의 내용으로 법치국가, 주관적 공권, 행정행위 등에 대하여 설명한다.<sup>779)</sup> 정치학 기반의 행정학을 주장하는

<sup>775)</sup> Wolfgang Seibel, Administrative Science as Reform: German Public Administration, Public Administration Review, Vol.56, No.1(1996), p.75 참조.

<sup>776)</sup> Ibid., p.75-76 참조. 여기에서는 사회과학에 기반한 행정학에 대하여 공법학의 저항이 컸던 것도 하나의 원인으로 제시되고 있다. 한편, 당시의 독일 행정법학과 행정학의 관계에 대하여, 서원우 교수께서는 1976년 한국행정학회에서의 발표와 토론 과정에서 “독일과 일본에서는 행정학이 맥을 못 추는데 우리나라에서는 행정학이 활발한데, 이는 독일이나 일본에서는 유능한 공법학자들이 법학을 적절하게 활용하고 적용할 수 있기 때문에 행정학이 맥을 못 추지만 우리는 그렇지 못함으로 이틈을 타서 행정학이 침입하게 되었습니다.”라고 설명하신바 있다. 자세한 사항은 서원우, “행정법학에서 본 행정학”, 한국행정학보, 제10호(1976.12), 94-120면(120면) 참조.

<sup>777)</sup> Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl., 2009, S.39; Wolfgang Seibel, Administrative Science as Reform: German Public Administration, Public Administration Review, Vol.56, No.1(1996), p.76. 독일에서는 이러한 연구경향을 ‘신행정학’(Neo-Verwaltungswissenschaft)으로 부르고 있다. Bogumil/Jann 공저의 위 교과서의 제1판은 2005년에 출간되었는데 독일에서 정치학 기반의 행정학적 입장에서 서술된 최초의 행정학 교과서라고 한다. Jörg Bogumil, On the Relationship Between Political Science And Administrative Science In Germany, Public Administration, Vol.83, No.3, 2005, p.671 참조.

<sup>778)</sup> Wolfgang Seibel, Verwaltung verstehen, 2. Aufl., 2017, S.15 참조. 여기에서는 전통적 견해에 따르면 공행정을 “입법, 사법, 통치를 제외한 국가의 작용”으로 정의할 수 있다고 설명한다.

독일의 Jörg Bogumil은 독일에서의 행정학의 위상에 대하여 여전히 독립된 학문이라기보다는 학제적 연구의 대상인 다른 학문의 일부로 인식되고 있고, 고급공무원에 대한 교육은 여전히 (행정)법학이 주도하고 있다고 설명한다.<sup>780)</sup>

## (2) 통합적 학문으로서의 ‘행정과학’

1990년대 이후 전 세계적으로 거버넌스(Governance) 이론의 등장 등 다양한 정부개혁의 움직임이 있었고, 독일에서도 미국 행정학의 영향으로 통합적 학문으로서의 행정과학에 대한 논의가 지속되고 있다. 현재 독일의 행정학에서는 ‘조종’(Steuerung) 개념을 중심으로 하여 행정을 대상으로 하는 여러 학문들이 각자의 시각에서 각자의 방법론에 따라 풍부한 연구를 수행하고, “행정과학은 그러한 여러 학문들의 교차로로서 통합적인 과학의 역할을 담당”<sup>781)</sup>하는 통합학문(Integrationswissenschaft)을 지향하는 경향이 강하게 주장되고 있다.<sup>782)</sup>

독일의 Gunnar Folke Schuppert는 이러한 통합학문 지향성을 다음과 같이 설명한다. 법학, 정치학, 경영·경제학, 사회학 그 밖의 여러 다른 학문들이 각자의 시각과 방법론에 따라 연구를 수행하고, 그러한 여러 학문들의 연구

---

779) Wolfgang Seibel, Verwaltung verstehen, 2. Aufl., 2017, S.181-190 참조.

780) Jörg Bogumil, On the Relationship Between Political Science And Administrative Science In Germany, Public Administration, Vol.83, No.3, 2005, pp.670-671 참조.

781) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S.44-45 참조.

782) 독일에서의 이러한 ‘통합학문’ 지향성은 반드시 신행정법학만의 특징은 아닌 것으로 보인다. 예를 들어, 경제행정 분야에서 ‘경제행정법’은 통합적 학문인 ‘경제행정과학’(Wirtschaftsverwaltungswissenschaft)의 구성요소로 인식되고 있다. 경제행정법은 그 자체로 법학의 부분 학문이면서 동시에 경제학, 행정학 등 다른 학문들과의 관련성을 가지고 있는 것으로 설명되고 있다. 그리고 ‘경제행정과학’은 이러한 학문들을 모두 포괄하는 종합학문이라고 한다. 로프 슈토버(최송화/이원우 역), 『독일경제행정법』, 1996, 법문사, 29-30면 참조.

의 접점에서 ‘통합학문으로서 행정과학’(Verwaltungswissenschaft als Integrationswissenschaft)이 중심적인 역할을 하여야 한다는 것이다.<sup>783)</sup> 그에 따르면, 통합학문으로서의 행정과학은 행정법학의 대상이 되는 ‘법’ 영역을 조종학의 부분 학문분과로 이해하면서, ‘조종학’(Steuerungswissenschaft)을 행정법학을 포괄하는 넓은 학문으로 이해한다. 이러한 시각에서는 법학, 정치학, 경영학, 사회학 등 여러 학문 분야가 각각의 영역을 연구하는데, 행정과학이 그러한 학문들을 모두 포괄하는 통합학문의 위치에 있게 되고, 법학은 통합학문인 행정학의 일부분으로 포함되는 것으로 이해된다.<sup>784)</sup> 이러한 행정과학에서는 합법성은 능률성, 효과성, 민주적 정당성 등 다른 가치들의 상위에 있지 않고, 다른 가치들과 대등한 위치에 있는, 행정의 여러 가지 가치들 중의 하나의 가치로 이해된다.<sup>785)786)</sup>

### (3) 신행정법학의 등장

신행정법학은 이른바 ‘조종’의 학문으로서의 행정법학을 목적으로 발전되고 있는 독일 행정법학의 하나의 연구경향을 말한다.<sup>787)</sup> 신행정법학은 조종을 행정법학과 행정학의 연결개념으로 인식한다.<sup>788)</sup> 신행정법학은 행정법학이 기존의 관점을 확대하여 조종학으로 새로운 방향설정을 할 것을 제안하

<sup>783)</sup> Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S.44-45 참조.

<sup>784)</sup> Ebenda, S.44-45 참조.

<sup>785)</sup> Jörg Bogumil, On the Relationship Between Political Science And Administrative Science In Germany, Public Administration, Vol.83, No.3, 2005, p.671 참조.

<sup>786)</sup> 통합적 학문으로서의 조종학에 대한 논의에 있어서는 법치주의적 관점에서 주의가 필요하다고 생각된다.

<sup>787)</sup> 신행정법학에 대한 국내 문헌으로는 김남진, “행정법의 종말론과 재생론”, 법연 제46호(2015), 32-35면; 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 83-112면; 정남철, 『현대행정의 작용형식』, 2016, 법문사, 3-43면 등 참조.

<sup>788)</sup> Gunnar Folke Schuppert, Schlüsselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, Die Verwaltung: Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, 1999, S.110ff 참조.

고 있다. 조종학은 ‘법학적 방법’의 약점을 극복하기 위하여, 법뿐만 아니라 법 이외의 다양한 조종의 요소들, 시장, 인사, 조직 등의 다양한 수단들도 고려하여야 한다는 ‘관점의 확대’를 처방으로 제시한다.<sup>789)</sup>

신행정법학의 방법론적 주장이 일관된 것은 아니지만, 일반적으로 행정법학의 방법론으로 ‘법학 내부’(Intradisziplinarität) 접근방법 외에도 다른 사회과학 분야의 학문 영역과의 ‘다(多) 학문’(Multidisziplinarität), ‘초(超) 학문’(Transdisziplinarität) 또는 ‘학문연계(학제)’(Interdisziplinarität) 접근방법 등을 제안하고 있다.<sup>790)</sup>

#### (4) 검토

독일에서는 종래 행정과학 영역에서의 ‘법학의 독점’ 현상이 지속되었으나, 1970년대 이후 사회과학적 기반의 행정학이 발전하고 신행정법학이 주장되는 등 법학과 사회과학의 연계가 활발하게 주장되고 있다. 법학은 “스스로를 실증할 수 없기 때문에 다른 인접학문에 대한 충분한 검토가 필요”<sup>791)</sup>하고, 행정법학은 “다른 학문의 현실에 대한 설명에 대하여 개방적이어야”<sup>792)</sup> 한다는 것이 신행정법학의 인접학문에 대한 방법론적 시각이다.

조종학으로서의 행정법학은 규범과학과 사실과학의 연계라는 점에서 바람직한 면도 있지만, 행정법학이 법학으로서의 독자성을 상실하게 될 수 있다는 우려도 존재한다.<sup>793)</sup> 또한 독일의 신행정법학이 처방으로 강조하는 조종 개념은 독일의 행정법학과 행정학의 관계에서 주장되는 것으로, 우리나라의

---

<sup>789)</sup> Ivo Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichen Anspruch, VVDStRL, Bd.67(2008), S.241(Fn.55) 참조.

<sup>790)</sup> Andreas Voßkuhle, Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, S.33 참조.

<sup>791)</sup> Ebenda, S.35.

<sup>792)</sup> Ebenda, S.35.

<sup>793)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 94면 참조.

행정학계에서 사용하고 있는 미국 행정학에서의 ‘조종’(steering) 개념과는 차이가 있다는 점에서, 우리나라에 수용함에 있어서는 맥락적인 고려가 필요하다고 할 것이다.<sup>794)</sup>

### 3. 우리나라

우리나라에서는 행정법학과 행정학의 분리가 심화되어 온 것으로 평가되고 있다.<sup>795)</sup> 그러한 중에도 1960년대 이후에 행정법학과 행정학의 대화 필요성이 주장된 이래, 행정법학의 연구에 행정학 등 사회과학적 방법론의 도입 또는 사회과학적 지식의 활용에 대한 주장이 제기되어 왔다.<sup>796)</sup> 우리나라에서는 대체적으로 행정법학의 종래의 방법론의 한계를 인정하고 이를 보완하기 위한 ‘학제적 연구’의 필요성을 강조하는 견해가 주를 이루고 있다. 종

---

794) 미국의 행정학에서 사용하는 ‘조종’(steering) 개념은 주로 ‘민영화’의 논거로 주장되는 것으로, 국가가 그동안 수행하던 작용들을 모두 민간 영역에 맡기고 조종적 기능만을 수행하여야 한다는, 즉 ‘노 젓기를 멈추고 조종만 하여야 한다.’(not rowing but steering)는 ‘국가의 후퇴’를 의미하는 개념으로 사용되고 있다. 즉, 국가는 공공재와 공공서비스가 공급되도록 하여야 하지만, 반드시 그것을 국가가 직접 할 필요는 없다는 것을 의미하고, 국가는 제3섹터 등 민간영역을 통하여 이러한 서비스가 공급되도록 하면 된다는 것이다. 미국에서의 ‘조종’ 개념에 대한 설명으로는 Osborne/Gaebler, *Reinventing Government*, 1992, p.25; Rosenbloom/Kravchuk/Clerkin, *Public Administration*, 8th, 2015, pp.19-20 등 참조. 민간 영역을 통한 공공서비스 공급에 관한 우리나라에서의 논의는 김유환, “21세기 New Governance에서의 NGO/NPO의 역할과 과제”, *행정법연구*, 제15호(2006.5), 169-185면 참조. 특히 국가의 핵심적 업무인 공권력적 작용에 대한 민간위탁의 문제로 민영교도소 제도의 행정법적 문제를 제기하면서 국가의 보장적 책임을 강조하는 견해로 김유환, “우리 민영교도소 제도의 행정법적 문제”, *행정법연구*, 제40호(2014.11), 85-106면 참조.

795) 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성 · 전개 · 발전”, *공법연구*, 제44집 2호(2015.12), 176면 참조.

796) 서원우, “행정학과 행정법학의 대화”, 『전환기의 행정법이론』, 1997, 박영사, 24-37면 참조.

래의 우리 행정법학이 법규의 해석에 치중하였던 점을 한계로 인식하고, 실제 행정의 현실에 대한 적합성을 높이기 위해 사회과학적 연구의 성과를 활용하여야 한다는 점에 대하여는 큰 이견이 없는 것으로 보인다.<sup>797)</sup> 여기에서 더 나아가, 종합적 행정과학으로서의 행정법학을 강조하는 견해<sup>798)</sup>, 입법학, 경제학, 정치학, 심리학 등 다른 학문의 방법론의 수용을 통한 다양한 연구방법의 협업을 강조하는 견해<sup>799)</sup>, 그리고 행정법학의 정책적 측면을 강조하면서, 행정법학의 방법론으로 ‘법정책학의 수용’을 대안으로 제시하는 견해 등이 다양하게 주장되고 있다.<sup>800)</sup>

또한, 법해석 중심의 행정법학에서 벗어나 ‘제도설계’ 중심의 행정법학으로의 전환을 주장하는 견해도 유력하게 제시되고 있다.<sup>801)</sup> 이 견해는 행정법학의 관심을 재판 중심의 사법작용으로부터 공법적 제도의 설계와 형성 등 입법작용으로, 더 나아가 국가 전체적인 시스템 구축의 영역으로 확대하고자 하는 방향성을 가지고 있다.

797) 김동희, “한국사회의 변화와 행정법학의 과제”, 서울대학교 法學, 제28권 제1호(1987), 79면; 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 4면 등 참조.

798) 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호(2015.12), 177-178면 참조. 여기에서는 한스 켈젠의 ‘행정과 사법의 동일성 테제’에 근거하여 행정의 정책적 측면과 법적 측면을 대등하게 포착하고 행정법학과 행정학이 서로 조언과 경청을 할 수 있는 기반을 마련함으로써 행정법학은 행정의 정책결정을 위한 법적 소재를, 행정학은 법적 결정을 위한 정책적 소재를 제공할 수 있다는 대안을 제시한다.

799) 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 107면; 최송화, “법과 정책에 관한 연구”, 서울대학교 法學, 제26권 제4호(1985), 88면 등 참조.

800) 홍준형, 『법정책의 이론과 실제』, 2008, 법문사, 8-11면; 문상덕, “현대의 행정 변화와 행정법학 방법론 연구 - 전통적 행정법학의 방법론 분석과 그 보완을 위한 시론”, 행정법연구, 제14호(2005년 하반기), 129면 등 참조.

801) 김중보, “행정법학의 개념과 그 외연 - 제도 중심의 공법학방법론을 위한 시론”, 행정법연구, 제21호(2008.8), 11, 18면; 서원우, “행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제”, 행정법연구, 제7호(2001.9), 8면; 이원우, 전개논문, 107면 등 참조.

## II. 법학적 방법과 다른 사회과학방법론의 관계

### 1. 행정법학과 사회과학의 방법론적 관계

Jörn Lüdemann은 행정법학의 방법론과 경제학, 심리학, 통계학 등 다른 사회과학의 방법론 사이의 관계에 대하여, 자립모형(Abstinenz Modell), 수렴 모형(Konvergenz Modell), 그리고 분산모형(Divergenz Modell)의 세 가지 유형으로 나누어 설명하는데<sup>802)</sup>, 행정법학의 방법론적 개방의 정도와 방법에 대한 구체적 방안을 모색하기 위하여서는 이에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

#### (1) 자립모형(Abstinenz Modell)

먼저, Jörn Lüdemann은 자립모형에 대하여, 행정법학이 사회과학과의 관계에서 방법론적으로 자급자족을 하여야 한다는 점을 중시하는 모형이라고 설명한다.<sup>803)</sup> 동 모형은 사회과학을 통하여 보다 풍부한 지식을 얻을 수 있고, 보다 좋은 방법론을 얻을 수도 있음을 인정한다. 행정법학이 이론적 지식이나 경험적 지식이 부족하고 적합한 방법론을 갖고 있지 못할 수도 있음을 인정하면서도, 사회과학에 의존하는 대신에 행정법학에서 스스로 해결방안을 찾으려 하는 모형이라고 할 수 있다.

#### (2) 수렴모형(Konvergenz Modell)

다음으로, Jörn Lüdemann은 수렴모형을 두 번째 모형으로 제시하는데, 동 모형은 행정법학을 자족적인 것으로 생각하지 않고 사회과학에 대하여 광범

---

<sup>802)</sup> Jörn Lüdemann, *Rechtsetzung und Interdisziplinarität, in der Verwaltungswissenschaft*, in Funke/ders(Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S.122-137 참조.

<sup>803)</sup> Ebenda, S.124 참조.



위하게 개방하는 것을 특징으로 한다.<sup>804)</sup> 수렴모형은 인접학문을 받아들이는 것을 통하여 행정법학에서 해결책을 얻으려 하는 것으로, 동 모형에서는 행정법학은 사회과학으로부터 이론적 지식과 경험적 지식뿐만 아니라 방법론 까지도 수입하게 된다. 즉 사회과학적 방법론을 도입하여 행정법학에 필요한 사회과학적 결과를 얻으려 하는 것이다.<sup>805)</sup>

동 모형에 따르면, 법학자들이 경제학 모델을 활용하거나 통계학적 방법 또는 심리학적 실험 등을 수행하는 방식이 되어, 결국 행정법학과 사회과학의 방법론이 하나로 수렴하게 된다. 이러한 방식은 인접 학문들과 행정법학이 각각의 역할을 하면서 협력하는 것이 아니라, 행정법학이 사회과학이 되어 버리는 결과를 가져온다.<sup>806)</sup>

Jörn Lüdemann은 수렴모델을 통하여 행정법학자가 사회과학적 방법론을 수행하는 것은, 마치 그가 사회과학의 세계에서 행정법의 외교대사가 되어 사회과학의 언어와 방법론으로 사회과학을 가르치는 것이라는 점을 지적한다.<sup>807)</sup> 즉, 그러한 방법론은 행정법학의 방법론이 아니라는 것이다. 다음으로, Jörn Lüdemann은 이러한 모형이 가장 적합한 인접학문을 활용하게 되는 것이 아니라, 행정법학자가 자신이 가장 잘 알고 친숙한 사회과학을 통하여 행정법학을 보충하려 한다는 점에서, 가장 전문적이고 정확한 지식을 얻기에도 한계가 있음을 지적한다. 즉, 어떤 행정법학자가 정치학을 연구한 경우에는 정치학적 모델을 도입하고, 사회학을 연구한 경우에는 사회학적 이론을 활용하게 되며, 이는 경제학, 심리학 등의 경우에도 모두 마찬가지라는 것이다.<sup>808)</sup> 여러 인접 학문 중에서 어떤 것을 활용할 것인지를 선택하는 것이 미

---

<sup>804)</sup> Jörn Lüdemann, Rechtsetzung und Interdisziplinarität, in der Verwaltungswissenschaft, in Funke/ders(Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S.126-131 참조.

<sup>805)</sup> Ebenda, S.128 참조.

<sup>806)</sup> Ebenda, S.128 참조.

<sup>807)</sup> Ebenda, S.130 참조.

리 결정되어 있다는 점에서, 수렴모델은 가장 정확하고 필요한 지식을 제공하는 것에도 한계가 있게 된다.

### (3) 분산모형(Divergenz Modell)

Jörn Lüdemann은 자립모형과 수렴모형의 중간단계에 해당하는 절충적 모형으로 분산모형을 제시한다. 동 모형은 학제적 연구방법을 활용하는 것이지만, 수렴모형과 같이 사회과학적 방법을 행정법학에 직접 도입하지는 않는다는 점에서 차이가 있다. 즉, 사회과학적 방법론과 같이 행정법학이 직접 어떠한 가설이나 이론을 경험적으로 검증하려고 하지 않는다는 것이다.<sup>809)</sup>

분산모형은 각 학문이 각자 자기의 역할을 하는 것을 전제로 하여, 학문간의 분업을 중요시하는 입장이다. 행정법학은 필요한 경우 사회과학의 지식을 조심스럽게 받아들여 활용함으로써 결과적으로 행정법학에 기여하도록 한다는 것이 동 모형의 특징이라고 할 수 있다.<sup>810)</sup> Jörn Lüdemann은 분산모형을 통하여 행정법학이 다른 사회과학들로부터 풍부한 공급을 받을 수 있음을 인정한다.<sup>811)</sup>

분산모형은 법적 연구와 사회과학적 지식을 조화시킬 수 있는 것으로, 서로 다른 학문들의 방법론의 자율성을 인정하면서 서로 다른 시각들과 서로 다른 학문들을 결합시킬 수 있다는 특징이 있다.<sup>812)</sup> 이러한 분산모형의 예

---

<sup>808)</sup> Jörn Lüdemann, Rechtsetzung und Interdisziplinarität, in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in Funke/ders(Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S.130f 참조.

<sup>809)</sup> Ebenda, S.131 참조.

<sup>810)</sup> Ebenda, S.136 참조.

<sup>811)</sup> Ebenda, S.136 참조.

<sup>812)</sup> Andreas Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in Bauer/Czybulka/Kahl/ders.(Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S.188 참조.

로, Jörn Lüdemann은 안드레아스 포스쿠올레의 이른바 ‘7단계 모형’을 들고 있다.<sup>813)</sup> 분산모형에 따를 때, 방법론적 분업, 학문 사이의 상호 교육·관찰·통제가 중요하고 이를 위해서는 학문 내부적, 학제적 개방성과 의사소통, 그리고 협업이 중요하게 된다.<sup>814)</sup>

## 2. 행정법학 방법론의 개방과 확대

신행정법학을 비롯하여 최근 독일에서 행정법학 방법론의 개방을 주장하는 견해는 행정법학의 방법론으로 법학 내부(Intradisziplinarität) 접근방법 외에도 다른 사회과학 분야의 학문 영역과의 학제(Interdisziplinarität) 연구, 다(多) 학문(Multidisziplinarität), 또는 초(超) 학문(Transdisziplinarität) 연구 등을 제안하고 있다.<sup>815)</sup>

813) ‘7단계 모형’은 서로 다른 방법론을 배경으로 공법학을 연구함에 있어 필요한 실용적인 모형을 말한다. 1단계는 ‘동기분석’(Motivationsanalyse)인데, ‘연구자가 문제를 어떻게 정의하고 연구자의 관심사는 무엇인가’의 문제에 대한 것이다. 2단계는 ‘사실관계분석’(Sachverhaltsanalyse)인데, ‘연구자가 어떠한 사실관계에 기초할 것인가’의 문제에 대한 것이다. 3단계는 ‘해결방안분석’(Bestandsanalyse)인데, ‘어떠한 해결책이 법학 내에서, 그리고 다른 학문 영역에서 논의되는가’의 문제에 대한 것이다. 4단계는 ‘대안분석’(Alternativenanalyse)인데, ‘여러 해결방안 중에서 어떠한 사실적·이론적 전제에 기초할 것인지, 그리고 방법론적으로 정당화하는 방법은 무엇인지’에 대한 것이다. 5단계는 ‘규범분석’(Rahmenanalyse)으로, ‘어떠한 해결방안이 법에 적합한 것인지’의 문제에 대한 것이다. 6단계는 ‘정당화논거분석’(Begründungsanalyse)으로, ‘해결방안 결정에 대한 근거’의 문제이다. 7단계는 ‘결과분석’(Aktionsanalyse)으로, ‘해결방안이 가져오는 결과’에 대한 문제이다. ‘7단계 모형’에 대한 설명은 Andreas Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: Bauer/Czybulka/Kahl/ders.(Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S.171 이하 참조.

814) Ebenda, S.194 참조.

815) Andreas Voßkuhle, Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, S.33 참조.

## (1) 법학 내부 접근방법

법학 내부 접근방법은 행정법학의 방법론을 같은 법학 내에 있는 다른 법학으로 개방하는 것을 내용으로 한다. 이는 종래의 민사법, 공법, 형사법 등 법학의 부분학문의 구분을 인정한다. 그러나 공적 임무가 주어지거나 사회문제가 발생하는 것은 이러한 법학의 부분학문의 구분에 따라 정해지는 것이 아니고, 환경 문제나 정보 문제, 규제전략 등과 같이 여러 분야에 걸치는 이슈들이 발생하기 때문에, 이러한 경우에 대응하기 위해서는 법학의 부분학문들 사이의 구분에 따른 폐쇄성을 상대화하고 법학의 전체적인 협의가 필요함을 강조한다.<sup>816)</sup>

## (2) 학제 연구

행정법학 방법론의 개방을 주장하는 독일의 행정법학자들은 행정 및 행정법과 관련된 조직과 작용 등을 대상으로 하는 인접 학문들과 행정법학이 최소한 다학문 연구방법을 적용할 것을 제안하고 있고, 더 나아가 학제 연구방법이나 초학문 연구방법을 심화할 것을 방법론으로 제안한다.<sup>817)</sup> 이러한 제안의 대상이 되는 인접 학문들은 주로 경제학, 사회과학, 공학 등이고 여기에는 전통적으로 ‘행정과학’으로 분류되는 주제들, 즉 경영학, 행정사회학, 행정심리학, 행정지리학, 조직이론, 행정정보, 행정역사 등이 포함된다고 한다.<sup>818)</sup>

특히 신행정법학은 학제 연구를 통한 ‘방법론의 개방’을 제안하는데, 이것은 전통적인 법학적 방법이 아닌 방법론을 사용하거나 다른 학문의 방법론에 따라 얻어진 지식을 받아들이는 것을 의미하는 것이다.<sup>819)</sup> 방법론의 개방

---

<sup>816)</sup> Andreas Voßkuhle, Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann- Riem/ Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, S.33-34 참조.

<sup>817)</sup> Ebenda, S.34 참조.

<sup>818)</sup> Ebenda, S.33-34 참조.

은 관점의 변화를 통하여 다른 학문의 방법론을 수용하는 것을 말하는데, 학제 연구를 통한 방법론적 개방을 위해 ‘학제적 협업’(interdisziplinäre Kooperation)이 강조되고 있다.<sup>820)</sup>

### (3) 초학문 · 다학문 연구

행정법학 방법론의 개방을 주장하는 견해는 더 나아가 학문 간의 경계를 넘어서는 초학문 연구방법에까지 이른다. 안드레아스 포스쿠올레는 이를 ‘개별적-통합적’(differenziert-integrativ) 방법으로 소개하는데, 이것은 행정법학이 다른 학문들과 서로 다른 관점을 하나로 통합하면서도 각자의 학문적 정체성을 포기하지 않는 접근방법을 말한다고 한다.<sup>821)</sup> 이러한 연구는 초학문적인 메타이론에 해당하는데, 이러한 연구에서는 행정법의 규범적 도그마틱과 인접 학문 영역 사이에서 발생하는 ‘지식의 교류’(Wissentransfer)를 구조화할 수 있는 ‘교류규칙’(Verkehrsregeln)을 발전시켜야 함을 강조한다.<sup>822)</sup> 여러 독립된 학문의 관점과 방법론이 동시에 적용될 경우에 어떠한 방법론을 우선적으로 적용할 것인지를 결정하는 적용의 구조와 순서에 관한 문제이므로, 방법론의 투명성과 공정성 등이 중요한 요건이 된다.<sup>823)</sup>

## 3. 검토

행정법학과 행정학은 모두 ‘행정’을 대상으로 하고 있지만, 행정법학은 규

---

<sup>819)</sup> Hans Christian Röhl, Öffnung der Method durch Internationalität und Interdisziplinarität, VVDStRL, Bd.74(2015), S.27ff 참조.

<sup>820)</sup> Ebenda, S.29 참조.

<sup>821)</sup> Andreas Voßkuhle, Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann- Riem/ Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, S.35 참조.

<sup>822)</sup> Ebenda, S.35 참조.

<sup>823)</sup> Ebenda, S.35-36 참조.

범과학으로서 법학에 해당함에 반하여, 행정학은 현상의 설명을 중시하는 사회과학에 해당한다는 점에서 두 학문은 근본적인 차이가 있고, 방법론의 문제에 있어서도 행정학의 방법론은 현상을 ‘설명’하고 ‘인과관계’를 밝히는 것에 중점을 두기 때문에 행정법학의 방법론과는 근본적인 차이가 있어 두 학문의 방법론적 접근은 대단히 어려운 것이라고 할 수 있을 것이다.<sup>824)</sup>

(1) 방법론적 접근이나 통합이 아니라, 사회과학적 지식을 행정법학의 ‘소재’로 활용하는 것, 즉 그러한 지식들을 행정법학의 인식의 대상으로 받아들이는 것은, 법학의 대상인 ‘사실’에 대한 보다 과학적이고 합리적인 인식을 가능하게 한다는 점에서 유용하다고 할 것이고, 로렌츠 폰 슈타인의 연구결과를 행정법학의 기초로 활용하여야 한다는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 입장과도 부합하는 것이라고 할 수 있다.

(2) 신행정법학이 제시하는 다학문 연구를 비롯하여 학제 연구, 초학문 연구 등의 방법론은 행정법학의 관점을 확대하고자 하는 것인데, 관점의 ‘확대’는 기존 관점의 ‘존속’을 전제로 하는 것이므로<sup>825)</sup>, 신행정법학은 전통적인 ‘법학적 방법’의 완전한 배제나 방법론의 완전한 전환을 주장하고 있는 것은 아닌 것으로 평가할 수 있을 것이다.

또한 행정법학의 다른 인접 학문과의 다학문 연구, 학제 연구, 초학문 연구 등은 모두 독립적인 개별 학문으로서의 행정법학의 정체성을 전제로 하는 것이라는 점에서, 신행정법학에서도 전통적인 법학방법론에 따른 도그마틱 연구가 여전히 중요하다고 할 것이다.<sup>826)</sup> 또한, 그러한 면에서 ‘법학적

---

824) 일본의 경우에도 행정법학과 행정학의 대화의 필요성은 계속하여 제기되고 있지만, 두 학문은 서로 독립한 별개의 학문으로 이론상으로는 실재상으로도 이미 분리되어 있으며 현재에도 그 격차는 점점 더 확대되고 있는 상황이라고 한다. 이에 대한 설명은 正木宏長, 『行政法と官僚制』, 2013, 成文堂, 22-27面.

825) Patrick Hilbert, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S.233 참조.

방법’과 신행정법학이 제시하는 방법론적 처방은 서로 배척하는 것이 아니라, 서로 공존할 수 있는 것이라 할 것이다.

(3) 행정법학의 연구에 행정학 등 다른 학문의 방법론을 직접 활용하는 경우, 또는 단순히 여러 학문의 방법론을 사용하는 것에 그치는 경우에는 의미 있는 결론에 이르지 못하고 오히려 방법론상의 혼란만을 가져올 우려도 있음은 이미 수렴모형의 문제점으로 살펴본 바 있다.<sup>827)</sup> 다양한 학문 사이에서 행정법학은 ‘분산모형’을 통하여 의미 있는 결과를 가져올 수 있다.

분산모형에 따를 때, 학문 사이의 협업을 통한 학제 연구를 위해서는 방법론의 ‘연결’이 중요하게 된다.<sup>828)</sup> 다른 학문과 방법론적으로 연결이 가능한 영역에 대한 학제 연구가 중요하다고 할 것인데, 행정법학이 다른 학문들과 연결될 수 있는 연결개념으로서 다양한 ‘행정의 가치’의 문제가 학제 연구의 대상이 될 수 있을 것이다.

(4) 공법적 제도의 설계를 중시하는 견해는 사회과학적인 ‘제도주의’의 관점을 의미하는 것이 아니라, 법학적 방법론을 중심으로 하면서 다른 사회과학의 방법론을 활용하여 법적 제도를 설계하는 것을 목표로 하는 방법론이므로 ‘법학적 방법’의 연장선에 있다고 할 수 있다.

(5) 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 법개념을 중시하면서 법치국가 이념에 따라 법개념을 통하여 법제도와 법체계를 형성하는 것을 특징으로 하는데, 이러한 ‘법학적 방법’은 오늘날의 우리의 행정법학에서도 여전히 큰 의미를

---

826) 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 101면 참조.

827) 오토 바호프는 이를 ‘방법론적 혼합주의’(Methodensynkretismus)라고 하며, 이러한 방법론적 혼합주의는 배척되어야 한다고 주장한다. Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.217f 참조.

828) Günter Püttner, Verwaltungslehre, 4. Aufl., 2007, S.6-7 참조.

가지고 있다. ‘법학적 방법’은 가장 우선적으로 법의 해석에 있어, 목적론적 해석을 제한하는 기능을 한다.<sup>829)</sup> 현실의 문제 해결에 있어 ‘법학적 방법’이 갖는 가장 큰 의미는 바로 자의금지를 통한 법적 안정성 및 예측가능성의 확보에 있다고 할 수 있다.<sup>830)</sup>

다양한 학문들에 대한 개방성, 그리고 다양한 학문들과의 협업 가능성은 독립적인 학문 분과인 행정법학의 독자성을 전제로 하는 것이고, ‘법치국가’를 지도 원리로 하는 오토 마이어의 행정법학 방법론은 다양한 방법론의 결합을 통한 확장 가능성을 갖는 행정법학에 있어서 최소한의 핵심적 영역으로서 여전히 의미를 갖는다고 할 것이다.

(6) 우리나라에서 주장되는 행정법학 방법론의 확대에 대한 견해들은 대체적으로 행정법학의 전통적인 ‘법학적 방법’의 완전한 폐기나 전환을 주장하는 것이 아니라, ‘법학적 방법’ 자체의 필요성과 유용성은 긍정하되 행정법학은 법학으로서의 정체성을 지키면서 다른 학문과 교류하고 협동하여 그 내용을 풍부하게 하고 현실 적합성을 높일 것을 요구하는 것이라 할 수 있다. 그러한 방법론의 전제는 ‘법학적 방법’이 튼튼한 기초로 자리 잡도록 하고 이를 바탕으로 하여 보다 더 행정 현실에 적합하고 문제 해결능력이 있는 구체적인 방법론을 검토한다는 것이다. 이하에서는 우리나라에서의 논의를 바탕으로, 구체적 방법론으로 행정 가치에 대한 연구와 제도설계에 대한 연구를 살펴본다.

---

829) 행정학과 정책학 등 사회과학에서는 ‘법’을 정책목표 실현을 위한 수단으로 인식하는 것이 일반적인 견해이고, 행정을 담당하는 공무원들 역시 일반적으로 법률은 ‘정책의 실현수단’인 것으로 인식하고 있는 듯하다. 그러한 면에서, ‘법학적 방법’의 목적론적 해석에 대한 제한 기능은 대단히 중요하다고 생각된다. 우리나라에 있어 ‘법의 정책에 대한 예측현상’과 ‘정책적 합리성을 법논리적 타당성보다 우선하려는 목적론적 해석경향’의 문제점을 지적하는 견해로는 이상돈, 『법철학』, 2008, 법문사, 139-140면 참조.

830) 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 25-26면 참조.



## 제2절 구체적 방법론의 모색

오토 마이어의 행정법학 방법론은 행정법학의 독자성과 정체성을 중시하지만, 동시에 다른 학문 영역에 대한 개방성도 함께 가지고 있으므로, ‘법학적 방법’이 가지는 문제점을 극복하기 위한 방안으로 방법론적 개방성을 모색할 수 있는 방법론에 대한 탐구가 필요하다. 이러한 연구의 방법으로는 우선 학제 연구로서 ‘행정가치’에 대한 연구와 ‘제도’ 연구가 가능할 것이고 또한 현실 문제의 해결을 위해 중요하다고 할 것이다. 그리고 더 나아가 다양한 방법의 초학문·다학문 연구방법론이 가능할 것이다.

### I. 학제 연구

#### 1. 행정의 가치에 대한 연구

행정의 가치는 헌법을 정점으로 하는 법체계에 반영되어 있어 행정법의 연구는 행정 가치에 대한 연구가 될 수 있다. 행정이 추구하는 다양한 가치는 비록 개념적인 차이는 있지만, 다른 학문 특히 사회과학 방법론을 사용하는 학문 분과에서 추구하는 가치와 공통되는 것이므로, 행정의 가치는 행정에 대한 ‘법학적 방법’에 따른 연구와 사회과학적 방법에 따른 연구의 학제 연구방법의 접점이 될 수 있다.

행정 가치의 예로 공익, 효율성, 민주성, 형평성 등을 들 수 있는데<sup>831)</sup>, 이러한 가치들은 이미 실정법에도 상당 부분 반영되어 있기도 하다. 행정법학은 이러한 가치들이 자의적으로 사용되지 않도록 엄격한 법적 개념으로 구성 내지 ‘법개념화’<sup>832)</sup>함으로써 그러한 가치를 반영하는 법제도로 구성하여

831) 정정길, 『행정학의 새로운 이해』, 2007, 대명출판사, 191-352면 참조. 여기에서는 행정학의 연구대상인 행정이 추구하여야 하는 기본가치로는 최고가치인 ‘공익’과 공익의 주요한 내용을 이루는 능률성·효과성·형평성·민주성·합법성 등의 행정의 지도원리가 있는 것으로 설명한다.

야 하는 임무와 엄격한 개념으로 해석하여야 하는 임무를 동시에 가지고 있다. 이하에서는 행정 가치에 대한 연구에 대하여 살펴본다.

### (1) 공익에 대한 연구

공익은 행정의 최고의 목표로 인식되고 있으나, 행정을 연구하는 학문마다 공익의 개념은 차이가 있다.<sup>833)</sup> 공익은 여러 학문들이 함께 연구하는 대상이므로, 다양한 학문적 입장 속에서 공익을 ‘법문제화’하고, 법적 개념으로 설명함으로써 무엇이 공익인지에 대한 해석기준을 제시하고, 이를 유형화·구체화하는 것이 중요하다고 할 것이다.<sup>834)</sup> 현재 ‘공익’ 개념은 우리나라의 실정법 질서 속에 받아들여져 있고<sup>835)</sup>, 입법과정과 집행과정에서 “국가작용을 일정한 방향으로 유도하는 기능”<sup>836)</sup>을 수행하고 있다고 할 수 있다.

공익 개념은 “법발견과 입법의 기초를 구성하는 추상적 원리”<sup>837)</sup>로 인정될

832) 이원우, 『경제규제법론』, 2010, 홍문사, 37면 이하 및 946면 참조.

833) 실제 ‘공익’ 개념에 대하여는 다양한 논쟁이 있다. 자유주의적 관점에서는 공익이라는 실체를 인정하지 않고 ‘사익의 집합’을 공익으로 보고 있으며, 반면에 공익의 실체성을 인정하는 입장에서는 공익은 ‘사익의 전체합’을 초과하는 것이라고 설명한다. 다양한 공익 개념에 대하여는 김유환, “영미에서의 공익개념과 공익의 법문제화”, 서울대학교 法學, 제47권 제3호(2006.9), 54면 이하; 정정길, 『행정학의 새로운 이해』, 2007, 대명출판사, 267면 이하; 최송화, 『공익론 - 공법적 탐구』, 2004, 서울대학교출판부, 175면 이하 등 참조.

834) 공익의 법문제화 및 법개념화에 대하여는 김유환, “영미에서의 공익개념과 공익의 법문제화”, 서울대학교 法學, 제47권 제3호(2006.9), 71면 이하; 최송화, “공익의 법문제화”, 서울대학교 法學, 제47권 제3호(2006.69), 10-27면; 최승원, “행정법과 공익”, 행정법연구, 제15호(2006.5), 95-111면 등 참조.

835) 2003년도 기준으로, ‘공공복리’를 규정하는 법령은 77개이고, ‘공익’에 대해 규정하는 법령은 659개라고 한다. 이러한 점을 볼 때 ‘공익’은 이미 법개념으로 사용되고 있음을 알 수 있다. 이에 대하여는 이은기, “사정판결과 공공복리”, 행정법연구, 제27호(2010.8), 166면 참조.

836) 이원우, 전거서, 34-35면.

837) 이원우, 전거서, 35면.

수 있으므로, 행정법학의 관점에서는 공익 개념의 추상성을 극복하고 엄밀한 법개념으로 구성하여야 하는 필요가 있게 된다. 행정법학에 있어, 특히 ‘불확정개념’에 대한 해석은 공익 판단의 성격을 갖게 된다는 점에서<sup>838)</sup>, 공익 개념에 대한 법문제화와 법개념화는 행정법학 방법론의 중요한 과제라고 할 수 있을 것이다.

## (2) 효율성에 대한 연구

### 1) 효율성의 개념과 법개념화의 필요

‘효율성’은 경제학, 행정학, 경영학 등 다양한 학문에서 추구하는 가치라고 할 수 있다. 경제학에서는 이른바 ‘파레토 최적’이 달성된 상태를 의미하고<sup>839)</sup>, 행정학에서는 비용과 편익의 비율로 나타내는 ‘능률성’(efficiency) 또는 목표달성의 정도를 의미하는 ‘효과성’(effectiveness) 등의 개념으로 사용된다.<sup>840)</sup> 행정법학과 다른 학문 사이의 학제적 연구가 논의되는 이유 중 상당한 부분은 바로 효율성의 문제 때문이라고도 할 수 있을 것이다. 그런데 효율성에 대한 개념도 학문마다 다르기 때문에, 효율성이 법의 문제가 되는 경우에는 명확한 ‘법개념화’가 선행되어야 한다.

“행정법학이 ‘행정의 효율성’을 행정법의 규범내용의 하나로 포섭하여 그 규범적 의미를 분석할 수 있어야만 행정을 규율하는 완전한 규범과학이 될 수 있는 것이다.”<sup>841)</sup>

---

838) 김유환, “행정법 해석의 원리와 해석상의 제문제”, 한국법철학회 김도균(편), 『한국 법질서와 법해석론』, 2013, 세창출판사, 504면 참조.

839) 이준구, 『미시경제학』, 2013, 법문사, 529면.

840) 정정길, 『행정학의 새로운 이해』, 2007, 대명출판사, 195, 202면 참조.

841) 박정훈, “행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로”, 한국공법이론의 새로운 전개(목촌 김도창 박사 팔순기념논문집), 삼지원, 2005, 218면.

## 2) 효율성의 법개념화

‘효율성’ 개념의 법개념화는 독일에서 발터 라이스너(Walter Leisner)에 의하여 시도된 바 있다.<sup>842)</sup> 그는 일정한 목표의 실효적인 달성, 최적의 목표와 수단의 관계, 그리고 목표와 무관한 효율성, 즉 기관의 효율성의 세 가지 개념으로 효율성을 법개념화하였다.<sup>843)</sup>

우리나라에 있어서, 효율성은 헌법적 관점에서는 “자원을 비합리적으로 낭비하는 것은 공화주의 원리에서 도출되는 공익의 원리에 반하는”<sup>844)</sup> 것이 되고, ‘경제성 원리’는 이미 헌법에 수용되었으며,<sup>845)</sup> 행정법적 관점에서는 “비례원칙의 구성 원리인 최소 침해 원칙과 내용적으로 통하는 개념”<sup>846)</sup>이라는 점에서, 효율성은 헌법과 행정법에서의 일반적 원리로 받아들여지고 있다고 볼 수 있을 것이다.<sup>847)</sup> 또한 ‘효율성’ 개념은 이미 우리나라의 실정법에도 반영되어 있다.<sup>848)</sup><sup>849)</sup>

---

842) 박정훈, “행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로”, 한국공법이론의 새로운 전개(목촌 김도창 박사 팔순기념논문집), 삼지원, 2005, 219-222면 참조.

843) 박정훈, 전계논문, 219-220면 참조.

844) 이원우, 『경제규제법론』, 2010, 홍문사, 145면. 다른 가치들과의 이익형량을 막기 위해서 효율성을 공익의 구성요소로서가 아니라 독립적인 법적 개념으로 파악하여야 한다는 견해로 이원우, “현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점”, 행정법연구, 제29호(2011.4), 114면 참조.

845) 김해룡, “경제성 원리의 행정법에서의 수용”, 공법연구, 제32집 제4호(2004.3), 19-39면 참조.

846) 이원우, 전게서, 171면.

847) 이원우, 전게서, 946면 참조.

848) 2008년도 기준으로 우리나라에는 ‘효율’ 3,381건, ‘능률’ 199건의 조문이 있다고 한다. 이원우, 전게서, 144면 참조.

849) 우리나라의 실정법에서 효율성 개념이 중요한 요건으로 사용되고 있는 법제도로는, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 공정거래법)에서의 ‘효율성 증대효과’의 경우를 들 수 있다. 공정거래법은 경쟁제한적인 기업결합에 대하여는 원칙적으로 금지하지만, 효율성 증대효과가 큰 경우에는 예외적으로 이를 허용하고 있다(동법 제7조 제2항 제1호). 구체적으로, 기업결합 심사기준은 효율성 증대효과를 ‘생산·판매·연구개발 등에서의 효율성 증

### 3) 비용편익분석

효율성 개념에 대한 경제학적·행정학적 접근방법으로 ‘비용편익분석’(Cost-Benefit Analysis) 방법이 있다. 비용편익분석이란 공공목표를 달성하기 위하여 예상되는 여러 대안들의 비용과 편익을 측정하여 이를 비교·평가함으로써 최선의 대안을 발견하고자 하는 기술적 방법을 의미한다.<sup>850)</sup> 종래에는 주로 재정학, 공공경제학, 정책학 등의 학문에서 논의되었는데, 현재는 행정법학에서도 하나의 제도로 논의되고 있다.<sup>851)</sup>

행정법적으로, 비용편익분석은 “비례원칙의 적용을 위한 이익형량을 제도화”<sup>852)</sup>한 것으로 이해될 수 있다. 현행법상으로 예비타당성조사 제도가 『국가재정법』에 도입되어 있는데<sup>853)</sup>, 예비타당성조사는 비용편익분석을 그 내용으로 하고 있으므로, 비용편익분석은 현재 우리나라의 법제도로 도입되어 있다고 할 수 있다.<sup>854)</sup>

---

대효과’와 ‘국민경제 전체에서의 효율성 증대효과’로 나누어 판단하도록 기준을 제시하고 있다. 이에 대한 설명은 권오승/서정, 『독점규제법』, 2017, 법문사, 231-232면 참조.

850) 김동건, 『비용·편익분석』, 2012, 박영사, 2면 참조.

851) 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 166면 이하 참조.

852) 이원우, 『경제규제법론』, 2010, 홍문사, 171면.

853) 『국가재정법』 제38조(예비타당성조사) ①기획재정부장관은 총사업비가 500억원 이상이고 국가의 재정지원 규모가 300억원 이상인 신규 사업으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 대규모사업에 대한 예산을 편성하기 위하여 미리 예비타당성조사를 실시하고, 그 결과를 요약하여 국회 소관 상임위원회와 예산결산특별위원회에 제출하여야 한다. 다만, 제4호의 사업은 제28조에 따라 제출된 중기사업계획서에 의한 재정지출이 500억원 이상 수반되는 신규 사업으로 한다.

1. 건설공사가 포함된 사업
2. 「국가정보화 기본법」 제15조제1항에 따른 정보화 사업
3. 「과학기술기본법」 제11조에 따른 국가연구개발사업
4. 그 밖에 사회복지, 보건, 교육, 노동, 문화 및 관광, 환경 보호, 농림해양수산, 산업·중소기업 분야의 사업

비용편익분석에 대하여는 그 유용성에도 불구하고, 계량화의 어려움으로 인한 측정의 부정확성, 가치판단의 개입, 기본가정의 비현실성 등의 한계도 있기 때문에, 비용편익분석의 결과를 절대시하거나 이를 만병통치약처럼 신봉하는 것은 적절치 않다고 할 것이다.<sup>855)</sup> 특히, 비용편익분석이 정확하다고 하여도 헌법상의 평등원칙과의 충돌 등 헌법적 문제도 야기할 수 있으므로<sup>856)</sup>, 비용편익분석에 우선하여, 법적인 개념화를 통한 법적 분석과 개념분석이 필요할 것이다.<sup>857)</sup>

#### 4) 소결

효율성은 경제학, 행정학 등 다른 사회과학에서 추구하는 핵심적인 가치이므로, 다른 가치에 비하여 학제 연구가 더욱 활발하게 진행될 수 있다고 생각된다. 효율성 개념은 행정법학의 정체성을 확보하면서도 학제 연구를 통하여 행정의 문제해결능력을 제고하기 위해 행정법적인 ‘법개념화’가 가장 필요한 행정가치라고 할 수 있을 것이다. “행정법학이 행정을 규율하는 완전한 규범과학이 되기 위해서는 ‘행정의 효율성’을 행정법의 내용으로 포섭하여 그 규범적 의미를 분석할 수 있어야 한다.”<sup>858)</sup>는 주장은 그러한 면에서 아무리 강조해도 지나치지 않다고 할 것이다.

#### (3) ‘민주성’에 대한 연구

---

854) 김동건, 『비용·편익분석』, 2012, 박영사, 8-9면 참조.

855) 김동건, 전게서, 5면; 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 169-175면 등 참조.

856) 김유환, 전게서, 174-175면 참조.

857) 이원우, 『경제규제법론』, 2010, 홍문사, 665면 참조.

858) 박정훈, “행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로”, 한국공법이론의 새로운 전개(목촌 김도창 박사 팔순기념논문집), 삼지원, 2005, 218면.

민주성은 헌법상 민주주의 원리로 반영되어 우리 헌법과 행정법의 지도 원리로 확고하게 자리 잡고 있다고 할 수 있다. 민주성에 대하여는 정치학, 행정학에서 주로 논의되었고, 법학에서는 헌법의 주된 테마였다고 할 수 있다. 그러나 행정법의 임무는 “민주가 안전하게, 평화적으로, 그리고 활발하게 유지·발전될 수 있는 여건을 조성하는 것에 있다”<sup>859)</sup>는 관점에서, 행정법의 여러 법개념과 법제도 속에 내포되어 있는 ‘민주주의’와 ‘민주적 합의’를 자각하는 방법론적 각성이 필요하다는 주장이 유력하게 제기되고 있다.<sup>860)</sup>

정치적 민주주의, 행정의 민주성 등의 가치를 연구하는 정치학·행정학 등과의 학제 연구와 연구 성과의 교류를 통하여, 행정법학의 민주성에 대한 연구는 더욱 풍부해질 수 있게 될 것이다.<sup>861)</sup> 특히 행정법학에 있어서는, 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 지도 원리인 법치국가 이념이 ‘민주’와 결합함으로써, ‘민주적 법치’라는 지도 원리로 기능할 수 있게 될 것이다.

#### (4) 소결

행정의 가치에 대한 연구는 행정에 대한 ‘법학적 방법’에 따른 연구와 사회과학적 방법에 따른 연구의 접점이 된다. 다양한 가치를 법개념으로 포섭함으로써 다른 학문의 연구를 행정법학의 내용으로 활용할 수 있게 될 것이다.<sup>862)</sup> 이러한 ‘법개념화’를 통한 ‘법학적 방법’의 적용은, 국가권력이 행정

859) 박정훈, “행정법학의 과제와 임무 - 행정법학의 미래: ‘민주’ 및 ‘민주적 합의’의 자각”, 한국공법학회 2016년도 공법학자대회 자료집, 한국공법학회 (2016.12), 66면.

860) 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호 (2015.12), 182면; 同人, 박정훈, “행정법학의 과제와 임무 - 행정법학의 미래: ‘민주’ 및 ‘민주적 합의’의 자각”, 61-76면 등 참조.

861) 행정법에 있어 민주성에 대한 논의로는 서승환, 『합의제 독립규제기관의 민주적 정당성에 관한 연구 - 금융규제기관을 중심으로』, 2014, 서울대학교 박사학위논문; 이계수, “군사안보외교통상 정책에 대한 민주주의적 통제; 국방에 대한 민주주의적 통제”, 민주법학, 제32호(2006), 23-54면 등 참조.

862) 여기에서 언급한 가치 이외에도, 다양한 행정 가치에 대한 연구가 가능할

의 가치 추구하고 목적 달성을 명분으로 자의적으로 권력을 행사하는 것을 금지하고, 객관적인 법적 사고를 가능하도록 함으로써 궁극적으로 국민의 권리를 보호하려는 데에 가장 큰 목적이 있다고 할 것이다.<sup>863)</sup>

그리고 행정의 가치에 대한 연구는 행정법학에 있어서는 주로 재량권 범위의 문제와 불확정개념의 해석의 문제가 될 것이다.<sup>864)</sup> 이 경우 문제되는 행정의 영역에 따라 법원의 사법심사의 강도가 달라질 것인데<sup>865)</sup>, 엄밀한 ‘법학적 방법’에 따른 해석과 유형화가 중요하게 될 것이다. 그러한 점에서, 재량과 불확정개념의 해석과 적용의 문제가 행정법학의 핵심으로 될 것이고<sup>866)</sup>, 이에 대한 각 가치별 명확한 개념화와 유형화가 행정법학의 중요한 임무가 될 것으로 생각된다.

## 2. 제도에 대한 연구

다음으로 제도 중심의 연구는, 제도를 통하여 현상을 설명하려 하는 사회과학적인 ‘제도주의’와는 다른 것으로, 본래 ‘법학적 방법’의 영역 내에 있는 연구방법이라고 할 수 있다. 독일에서의 ‘법제도’ 연구는 사비니에서부터 시

---

것이다. 행정학적 개념인 이른바 ‘좋은 거버넌스’(good governance) 또는 ‘좋은 행정’(good administration)에 대한 행정법적 연구로는 장경원, “EU법상 좋은 행정의 의미”, 행정법연구, 제25호(2009.12), 273-305면 참조. 행정의 가치인 ‘투명성’에 대한 행정법적 연구로는 김대인, “정부조달계약에 있어서 투명성의 법적 의미”, 행정법연구, 제13호(2005), 195-222면 참조.

<sup>863)</sup> 마르틴 크릴레(홍성방 역), 『법발견의 이론』, 2013, 유로서적, 36-37면 참조.

<sup>864)</sup> 김유환, “행정법 해석의 원리와 해석상의 제 문제”, 한국법철학회(김도균 편), 『한국 법질서와 법해석론』, 2013, 세창출판사, 505-506면 참조.

<sup>865)</sup> 박정훈, “불확정개념과 판단여지”, 김동희 편, 『행정작용법』, 2005, 박영사, 269면 참조.

<sup>866)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 39면 참조. 독일에서의 재량이론의 발전과정에 대하여는 송시강, 『행정법상 특허에 관한 연구』, 2010, 서울대학교 박사학위논문; 이은상, 『독일 재량행위 이론의 이해』, 2014, 경인문화사 등 참조.



작되어 오토 마이어와 플리츠 플라이너의 ‘법제도’ 개념, 그리고 에리히 카우프만과 칼 슈미트를 거쳐, 포르스트호프를 통하여 행정법학의 방법론의 하나로 자리 잡은 것으로 평가되고 있다.<sup>867)</sup>

사회적으로 새로운 문제가 제기되거나 새로운 현상이 나타나거나, 법적으로 대응하여야 하는 현실적 필요가 발생하는 경우에, 엄격한 법개념을 통하여 다양한 가치를 반영하는 법제도로 구성하고, 헌법 및 행정법의 기본원리 등의 지도 원리로부터 지도를 받는 제도를 구성하는 것은 다른 학문 분과와 비교할 때 행정법학에 가장 적합한 임무임과 동시에 행정법학이 가장 잘 할 수 있는 역할이기도 하다. 행정법학의 임무는 법제도를 체계적으로 설명하는 것에 그치지 아니하고, 안전, 건축, 도시개발, 금융, 정보화, 환경 등 다양한 영역의 현상을 엄밀한 법개념으로 구성하여 체계적인 법제도를 만드는 것을 포함한다고 할 것이다.<sup>868)</sup>

---

<sup>867)</sup> Dirk Paust, Die institutionelle Methode im Verwaltungsrecht, 1997, S.8-12, 28-35 참조. 포르스트호프의 제도적 방법론에 대하여는 이상덕, “Ernst Forsthoff의 행정법학 체계와 방법론 개관”, 행정법연구, 제10호(2003.10), 275-303면 참조.

<sup>868)</sup> 금융과 경제에 대한 제도적 대응에 관하여는 강현호, “금융 및 경제위기의 공법적 대응방안 - 조장적 사회국가를 지향하면서”, 성균관법학, 제25권 제3호(2013.9), 81-107면; 백윤기, “금융행정에 있어서 법치주의 구현방안: 금융행정법의 정립과 발전방향의 모색”, 저스티스, 제33권 제4호(2000), 5-42면 등 참조. 제4차 산업혁명에 대응하는 정보보호 거버넌스 구축의 필요성에 대하여는 김병기, “정보보호 거버넌스 현황과 지능정보사회의 정보보호 거버넌스 개편 試論”, 행정법연구, 제51호(2017.12), 73-108면 참조. 제4차 산업혁명에 따른 기술혁신과 그로 인해 나타난 신흥기술에 대한 규제문제에 대한 연구로는 윤혜선, “신흥기술(emerging technologies)의 규제에 대한 몇 가지 고찰”, 경제규제와 법, 제19호(2017), 7-29면 참조. 건축 및 개발행정법 영역에서의 법제도 형성에 대하여는 김종보, “공용환권의 개념과 법적 효과”, 행정법연구, 제31호(2011.12), 23-50면; 同人, “이주대책의 개념과 특별공급의 적용법조”, 행정법연구, 제28호(2010.12), 163-182면; 同人, “재개발사업에서 학교용지의 개념과 법적 성질”, 행정법연구, 제47호(2016.12), 191-211면 등 참조. 행정법 영역에 있어 정부의 제도적 인프라 형성책임에 대하여는 선정원, “개방적 경쟁사회를 위한 제도적 인프라에 대한 정부의 형성책임 - 건강기능식품산업”, 행정법연구, 제39호(2014.7), 1-26면 참조.

특히 행정법학이 현실의 문제 해결에 기여하기 위해서는 새롭게 형성되고 발전하는 분야에 대하여 행정법적으로 대응하는 것이 중요한데, ‘법학적 방법’의 법개념화를 통한 ‘법제도화’는 그러한 대응의 첫 번째 수단이 될 수 있을 것이다. 또한 종래에 법학의 영역으로 포함되지 않았던 기술적 영역에 대하여서도 법개념을 통한 법제도화의 방법으로 행정법학의 영역으로 포함시킬 수 있게 될 것이다. 현재 우리나라에서도 종래에는 행정법학의 영역으로 인식되지 않은 채 해당 분야의 전문적·기술적·제도적 영역으로 인식되었던 분야와 그 분야의 공공제도들이 새롭게 ‘행정법 제도화’되면서 행정법학의 영역으로 포함되는 사례가 점차 증가하고 있다.<sup>869)</sup> 예를 들어, 정보통신 분야, 과학기술 분야, 환경 분야, 건설 분야, 도시계획 등 개발행정 분야 등 다양한 영역에 걸쳐 ‘법학적 방법’과 행정법학 도그마틱을 통하여 행정법의 제도로 편입되는 법제도화가 진행되고 있다. 앞으로도, 금융 분야 또는 인공지능 등 빠르게 변화하는 과학·기술 분야의 공공제도에 대하여도 행정법적 연구를 통한 법제도화가 지속적으로 필요하게 될 것이다.<sup>870)</sup>

금융감독제도에 대한 연구로는 최승필, “경제행정의 수단으로서의 금융감독에 대한 법적 검토”, 외법논집, 제24호(2006.11), 223-254면 등 참조.

<sup>869)</sup> 도시개발 관련법에서의 ‘인가’ 행위에 행정행위의 유형론이라는 법도그마틱을 적용함으로써, 주택재개발조합설립행위에 대한 인가행위를 강학상 ‘특허’로 구성하고 이를 통하여 행정소송의 영역으로 포함시키게 된 것은 행정법 제도의 성립과 확장에 대한 중요한 사례가 될 수 있을 것이다. 이에 대하여는 김종보, “강학상 인가와 정비조합 설립인가 - 대법원 2002.3.11.자 2002그12 결정을 계기로”, 행정법연구, 제10호(2003.10), 325-344면; 김중권, “도시 및 주거환경정비법상의 각종 인가의 법적 성격에 관한 소고”, 행정법기본연구 IV, 2013, 법문사, 433-452면 등 참조. 이와 관련된 소송유형에 대하여는 박현정, “재건축·재개발정비사업조합의 설립동의 또는 총회결의에 관한 소송유형의 검토: 2009.9.17. 및 2009.9.24.의 대법원 판결·결정을 중심으로”, 행정법연구, 제26호(2011), 143-167면 참조.

<sup>870)</sup> 군사, 사회복지, 도로교통 등의 분야에 행정법학의 확장이 필요하다는 견해로 김남철, “행정법 판례형성에 있어서의 행정법학의 기여”, 공법연구, 제44권 제4호(2016.6), 41-67면; 커뮤니케이션 기술의 발전에 따른 디지털 플랫폼에 대한 규제의 행정법적 제도화에 대한 연구로 이희정, “커뮤니케이션 기술의 발전과 디지털 플랫폼 규제”, 행정법연구, 제49호(2017), 53-74면 참조.

국가의 공공제도는 ‘법학적 방법’에 의한 법제도를 기초로 하면서, 그 내용에 있어서는 사회현실과 사회의 문제를 반영하고 그에 대한 해결책을 포함하고 있어야 한다. 그래서 공공제도에 대한 연구는 법학을 중심으로 하면서도 다양한 인접학문의 내용을 법제도의 내용으로 수용할 수 있도록 하는 학제 연구를 필요로 한다고 할 수 있다.

정교한 법개념을 통하여 변화하는 행정 환경을 법적 개념으로 구성하고, 이를 법제도의 내용으로 편입시키는 방법으로 행정법학은 현실의 문제를 해결할 수 있을 것이다. 법개념을 통하여 새로운 현상은 행정법 체계로 수용된다. 이미 형성되어 있는 사회 현상에 대하여도 법개념과 법도그마틱의 적용을 통해 보다 더 엄밀한 법제도와 법체계를 구축할 수 있다. 그리고 행정법의 기본원리<sup>871)</sup>로 포섭된 행정의 가치들은 이러한 법제도와 법체계의 형성에 지도 원리로 작동하게 된다. 이러한 과정을 통하여 새로운 행정현상들을 행정법학의 체계로 수용하고, 개별 행정법제도들을 발전시켜 나감으로써, 행정법학은 궁극에는 “국가의 공공 제도 전체를 포괄하는 학문”<sup>872)</sup>으로 나아갈 수 있게 될 것이다.

## II. 초학문 · 다학문 연구

행정법학에서 초학문 · 다학문 연구방법이 적극적으로 활용될 수 있는 영역으로 규제행정법 연구와 법정책학 연구를 들 수 있다. 행정법 현상을 종합적인 사회과학적 통찰의 대상개념이 되어 온 ‘규제’ 관념으로 파악하는 것을 주장하는 견해가 제시되고 있다.<sup>873)</sup> 규제 연구는 법학적 방법론과 다른 학문의 방법론이 결합되는 다학문 · 초학문 연구방법의 영역이라고 할 수 있다. 규제를 대상으로 하는 연구를 통하여 행정법학은 국가의 현실에 적합하고

871) 김유환, “한국 행정법학의 태동과 발전 - 목촌의 행정법총론과 한국 행정법학”, 공법연구, 제44권 제1호(2015.10), 334면 참조.

872) 김중보, “행정법학의 개념과 그 외연 - 제도 중심의 공법학방법론을 위한 시론”, 행정법연구, 제21호(2008.8), 18면 참조.

873) 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 8-9면.

문제해결 능력을 가지는 학문으로 발전해 나갈 수 있을 것이다.

다음으로, 법정책학은 법학과 다른 학문이 결합하는 다학문 연구방법의 대표적인 예가 될 수 있다. 법정책학은 다음의 두 가지 관점, 즉 법의 해석에 있어 정책적 고려를 중시하는 ‘법적 정책학’과 법학이 아닌 정책과학적 성격을 가지는 ‘정책학’으로 구분될 수 있다.<sup>874)</sup> 전자의 경우에는 법학방법론의 관계가 중요한 문제가 되고, 후자의 경우에는 법학과 다른 학문과의 관계가 문제된다. 법정책학의 관심대상은 개별 분야의 정책에 한정되는 것이 아니라 “법과 정책의 관계, 전체로서의 법의 정책적 효과, 사회적 법형성의 이론적 구명”<sup>875)</sup> 등 다양한 분야에 걸쳐있다. 법정책학은 개념법학적 접근방법의 한계를 인식하고 사회적 타당성을 갖는 처방을 할 수 있도록 정책학의 도움을 받는다는 것이지 종래의 ‘법학적 방법’이나 규범학으로서의 법학의 가치를 부정하는 것은 아니므로<sup>876)</sup>, ‘법학적 방법’과 법정책학의 두 방법론을 조화시키는 초학문·다학문 연구방법은 충분히 가능하다고 할 것이다.<sup>877)</sup> 법정책학을 통하여 행정법학은 정책학 등 다른 학문과 결합함으로써, 현실 사회의 문제 해결에 보다 더 기여할 수 있게 될 것이다.<sup>878)</sup>

---

874) 홍준형, 『법정책의 이론과 실제』, 2008, 법문사, 8-11면.

875) 홍준형, 전게서, 23면.

876) 홍준형, 전게서, 16면 참조.

877) 최송화, “법과 정책에 관한 연구”, 서울대학교 法學, 제26권 제4호(1985), 89면 이하 참조. 여기에서는 법정책학의 수립의 필요성을 설명하고, 방법론적으로 법경제학적 방법론, 법사회학적 방법론, 그 밖의 정책과학적 방법론의 적용이 필요함을 강조한다.

878) 홍준형, 전게서, 11면 참조.

## 제6장 요약 및 결어

### 제1절 요약

#### I. ‘법학적 방법’

학문의 정체성은 연구대상과 연구방법의 독자성에 달려있다. 학문의 독자성을 판단하기 위한 가장 중요한 기준은 ‘방법’이고, 학문의 정체성의 문제는 방법론의 문제로 귀결된다. 독자적 학문인 법학은 법학에 특유한 방법을 필요로 하고, 법학의 학문성은 일차적으로 방법론에 있으며, ‘법학적 방법’은 독자적 학문인 법학에 특유한 방법론으로, 법학의 문제를 해결하기 위한 도구가 된다. 법학은 소재의 학문이 아니라 ‘방법론’의 학문이라는 점에서, ‘법학적 방법’의 중요성이 인정될 수 있다.

오늘날의 행정법학은 이른바 ‘법학적 방법’을 기본적인 방법론으로 한다. 이러한 방법론은 사비니에서 시작되어 푸흐타와 게르버, 예링을 거쳐 민사법학의 방법론으로 형성되었고, 게르버를 통하여 공법학으로 전수되었다. ‘법학적 방법’은 ‘법적 구성’을 핵심으로 하는데, 법적 구성이란 법규를 제도와 기본적 개념으로 구성하는 것과 제도의 법적 본성을 분석하는 것, 그리고 개념을 논리적으로 정리하여 법적 인식의 예술적인 체계로 만드는 것을 말하고, 이를 위해 법을 정치·경제적 관계와 분리할 것을 요구한다.

#### II. 오토 마이어 행정법학의 대상과 체계

오토 마이어 행정법학의 대상은 국가이다. 오토 마이어는 국가를 법학적으로 이해하여 ‘영조물’로 보았는데, 그러한 국가는 공동체를 구성하는 개개인의 개인적인 이익과 목적을 초월하는 존재가 되어, 그 자체의 목적과 이익인 ‘국가 목적’을 가진다. 국가의 의사는 구성원들에 대한 법적 지배권인 국가

공권력으로 나타난다. 공권력의 최고 정점에는 주권이 있는데, 주권을 가지는 공동체인 국가에서, 헌법은 최고 권위인 주권이 형성되고 통제되는 규칙을 의미한다. 오토 마이어는 헌법에 의하여 통치구조가 규율되는 단계의 국가와 입법·사법·행정의 국가작용이 권력분립의 원칙에 따라 나누어져 있는 헌법을 가진 국가를 넘어, 헌법이 입법과정에서의 참여를 통해 국가권력에 대한 일부의 몫을 국민의 대표에게 주는 경우에만 ‘헌법국가’로 보았고, 이러한 헌법국가를 행정법의 전제조건으로 보았다. 헌법국가의 전제인 권력분립은 입법과 행정의 분립을 주된 내용으로 하는데, 오토 마이어는 두 권력 사이의 관할권의 결정과 서로 다른 법률적 특성과 효력이라는 두 가지 기준을 통하여 법치국가의 핵심인 집행권에 대한 ‘법률의 우위’와 ‘법률유보’를 도출하였다.

행정법의 대상이 되는 행정은 역사적 설명과 법치국가의 요청을 통하여, “국가의 법질서 아래에서, 국가의 목적을 실현하기 위한 국가 활동으로, 사법 이외의 것”으로 정의된다. 오토 마이어는 경찰국가에서 국가에 대하여 민사법을 적용할 수 있고, 국가도 민사재판소에 의한 재판을 받을 수 있게 되었다는 것에 더하여, 법치국가는 “국가의 모든 일반적인 고권적 권력은 법률의 형식으로만 행사될 수 있다.”는 새로운 요건을 갖추어야 한다고 하면서, ‘행정을 위한 공법’의 필요성을 강조한다. 그는 국가작용이 법의 방법에 의하여 규율될 것을 법치국가의 요건으로 보아, ‘잘 정돈된 행정법을 가진 국가’를 법치국가로 보았으나, ‘사법부의 모범형’에서 법치국가의 특징을 찾으면서 행정 영역에서 법을 적용하는 것의 대응물로 ‘행정사법’(行政司法)을 발견한 로이트홀트의 영향을 받아, 행정의 ‘사법형식성’을 법치국가의 요건으로 제시한다.

### Ⅲ. 오토 마이어의 행정법학 방법론

오토 마이어는 독자적 학문으로서 독일 행정법학을 정립하는 것에 목적이 있었다. 그는 『독일행정법』 제3판의 서문에서, “이제 독일 행정법은 사람

들이 기뻐할 만한 하나의 ‘학문’(Wissenschaft)이 되었다.”고 선언하고 있다. 오토 마이어는 행정법학을 국법학으로부터 독립시키는 것은 물론이고, 특별히 국가학과 민사법학 사이에서 행정법학의 독자성을 확보하기 위하여 노력하였다. 그의 방법론의 주요사항은 다음과 같다.

#### 1. 행정법 총론 완성

오토 마이어는 행정법 총론을 완성하였다. 이를 통하여 당시 독일의 각 란트 별로 개별적으로 가지고 있었던 행정법체계에 대응하여 공통의 독일 행정법 체계를 구축하고, 행정에 대한 법적 통제를 위한 공통의 기준과 원칙을 명확하게 하였다.

#### 2. 법학적 방법

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 특유한 법학적 기본이념이 지배하는 국법학의 영향을 받았고, 개념, 법제도, 법체계를 통한 법적 구성의 방법론을 그 특징으로 한다. 당시 민사법학의 ‘법학적 방법’은 개념을 중시하는 구성주의적인 것이었는데, 오토 마이어 역시 ‘개념’과 ‘법제도’의 형성을 통하여 행정법학의 체계를 구축하려 하였다. 그런데 오토 마이어의 방법론은 여기에 그치지 아니하고, 법이념인 법치국가 사상이 지도 원리의 역할을 한다는 특징을 갖는다. 법치국가 사상의 역할은 특히 경찰법제도와 재정법제도에 대한 설명에서 두드러지게 나타난다. 한편, 오토 마이어는 독일 행정법학의 프랑크스 행정법과 민사법학에 대한 독자성을 강조하였다.

### Ⅳ. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 대상과 방법

로렌츠 폰 슈타인은 헤겔의 유기적 조직이론에 입각하여 국가와 사회를 유기적 조직·인격으로 이해하면서, 이익 추구의 사회로부터 국민을 잘 살도

록 하고 약자를 보호하는 것을 목적으로 하는 국가의 행동을 ‘행정’으로 보았다. 행정은 종래의 관방학의 전통에 따라 외교, 군대, 재무, 사법, 내무행정의 5대 영역으로 구분되는데, 이 중에서 내무행정을 통하여 최고의 선인 진정한 자유에 도달할 수 있게 되고 그래서 내무행정은 인격적인 자유의 최고의 조건을 위한 국가의 활동이 된다. 이러한 내무행정에 대한 법이 행정법에 해당한다.

행정법에 대한 방법론에 있어, 로렌츠 폰 슈타인은 그 자신이 법학자였지만 그의 방법론은 법학적인 것은 아니었고, ‘국가학적 방법’을 따랐다. 로렌츠 폰 슈타인의 방법론은 행정법적 기초를 가지는 포괄적인 종합과학적 접근방법 또는 행정현상에 대한 종합과학으로서의 행정과학적 접근방법 등의 성격을 갖는 것으로 평가된다. 특히 그의 연구는 관방학적 체계를 따랐지만, 연구방법은 사회과학적이었다는 점에 특징이 있다. 그의 연구는 정치학, 경제학 등 다양한 사회과학적 기반을 가지고 있다. 특히 그는 통계학을 국가 생활에 대한 올바른 이해를 위한 방법이라고 하여, 기존의 연구와는 다른 사회과학적 방법에 따른 연구를 강조하였다. 그는 행정법이 “행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초인 행정학 원리의 지도를 받아야 한다.”고 주장한다.

로렌츠 폰 슈타인은 행정 현상에 대한 법학적 방법에 따른 연구를 반대한 것은 아니었고, 그의 연구는 상당 부분 행정법적 기초를 가지고 있지만, 한편으로 “순수한 법학적 방법만으로는 행정을 특히 사회와의 관계에서 과학적으로 이해하기에 충분하지 않다.”고 하고, 행정 현상의 이해에 있어서는 “여러 학문 분야에 걸친 포괄적이고 종합적인 연구가 필요하므로 순수한 ‘법학적 방법’으로는 충분하지 못하다.”고 생각하였다. 무엇보다도 로렌츠 폰 슈타인은 행정법에 대한 학문을 독자적인 학문으로 인정하지 않고 행정학에 연동된 것에 불과한 것으로 이해하였다.

## V. 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의

### 1. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의: 종합과학성의 양면성



오토 바호프는 로렌츠 폰 슈타인의 연구방법이 소멸됨으로써 “중요한 지식의 원천들이 사라지게 되어, 행정과학과 행정법학이 빈곤해졌다.”고 평가한다. 그러나 그의 종합적인 연구는 학문 분야가 더욱 세분화된 오늘날에는 더더욱 독립적인 학문 분과로 인정받기 어렵다는 평가를 받고 있다.

## 2. 오토 마이어 행정법학의 방법론적 의의

### (1) 행정에 대한 ‘법학’으로서의 정체성과 독자성: 법이념에 의한 지도를 받는 ‘법체계 - 법제도 - 법개념’의 ‘법학적 방법’

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 다양한 행정 영역에서 일반적인 제도와 개념을 만들어내고 법제도를 체계화하는 것을 목적으로 하는 것으로, 법소재들을 고도의 추상화와 구조화(구성)에 따라 법질서로 정리하는 것을 특징으로 한다. 이러한 방법론을 통하여 다양한 소재들을 ‘뚫고 들어가서’, 그 소재들을 내용적으로 정리하는 것이다. 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 여기에 그치지 아니하고, 법치국가의 법이념이라는 일반적인 법적 지도원리라는 카테고리틀 발전시켰다.

### (2) ‘행정’에 대한 학문으로서의 방법론의 개방성

오토 마이어는 행정에 대한 국가학적 고찰이 그 고유한 가치를 가지고 있음을 인정하면서 로렌츠 폰 슈타인의 연구는 “행정법학의 기초와 주춧돌이 되었다.”고 평가하였고, 국가학적 방법을 학문의 영역에서 축출하려고 하지도 않았으며, 자신의 방법론만이 옳다는 ‘방법론적 독재’를 추구하지도 않았다는 평가를 받고 있다. 이런 면에서, 오토 마이어의 행정법학 방법론에는 개방성이 인정될 수 있다. 오토 마이어는 『독일행정법』에서 독립적인 학문(Wissenschaft)의 예시로 법학, 민사법학, 국법학, 국가학, 경찰학, 재정학, 관방학, 경제학 등을 언급한 바 있고, 특히 경찰법과 재정법에 대한 설명에서,

국가학, 경제학, 재정학 등 다른 학문 분과의 개념을 차용하면서 다른 학문의 개념의 유용성을 긍정하고 해당 영역에서는 다른 학문의 개념이 우선 적용될 수 있다는 점도 인정하였다.

## VI. 우리나라에의 시사점

오토 바호프는 행정이 매우 다양한 과학의 대상이라고 하면서, 단면적인 법학적 연구방법은 이제는 과거의 것이고, 이러한 설명은 법학자들 사이에서도 더 이상 반대를 찾기 어렵다고 하여, 사회과학 등 다른 학문의 지식을 활용할 것을 제안한다. 우리나라에서도 행정학 등 사회과학과의 대화를 통하여 인접 학문의 지식을 활용하여야 한다는 견해가 주장되어 왔고, 더 나아가 방법론의 확대·전환에 대한 견해도 제시되고 있다. 독일에서는 신행정법학이라는 새로운 경향이 나타나고 있고, 방법론 측면에서 학제(Interdisziplinarität) 연구를 비롯하여, 초학문(Transdisziplinarität) 연구, 다학문(Multidisziplinarität) 연구 등의 방법론이 제시되고 있다. 이러한 방법론적 제안을 포함하는 신행정법학은 행정법학의 관점을 ‘확대’하고자 하는 것인데, 관점의 확대라는 개념은 기존 관점의 ‘존속’을 전제로 하는 것이라는 점에서, 신행정법학 역시도 전통적인 ‘법학적 방법’의 완전한 배제나 방법론의 완전한 전환을 주장하고 있는 것은 아닌 것으로 보인다. 조종학으로서의 행정법학은 규범과학과 사실과학의 연계라는 점에서 바람직한 면도 있지만, 행정법학이 법학으로서의 독자성을 상실하게 될 우려도 있다.

오토 마이어의 행정법학 방법론은 행정법학의 독자성과 정체성을 중시하지만, 동시에 다른 학문 영역에 대한 개방성도 함께 가지고 있으므로, 행정법학의 정체성과 독자성을 지키는 범위 내에서 방법론적 개방성을 모색할 수 있는 방법론에 대한 탐구가 필요하다. 이러한 연구의 방법으로는 ‘가치’ 중심의 연구와 ‘제도’ 중심의 연구가 가능할 것이고 또한 현실 문제의 해결을 위해 중요하다고 할 것이다. 행정의 가치는 헌법을 정점으로 하는 법체계에 반영되어 있어, 행정법의 연구는 가치의 연구가 되는데, 행정이 추구하는

다양한 가치는 비록 개념적인 차이는 있지만, 다른 학문 특히 사회과학적 방법론을 사용하고 있는 학문 분과에서 추구하는 가치와 공통되는 것이므로, 행정의 가치에 대한 연구는 행정에 대한 법학적 방법에 따른 연구와 사회과학적 방법에 따른 연구의 접점이 된다. 이러한 가치의 예로, 공익, 효율성, 민주성, 형평성 등이 있다. 이러한 가치들은 이미 실정법에도 반영되었는데, 행정법학은 이러한 가치들이 자의적으로 사용되지 않도록 엄격한 법적 개념으로 구성(법개념화)함으로써 그러한 가치를 반영하는 법제도로 구성하여야 하는 임무와 엄격한 개념으로 해석하여야 하는 임무를 동시에 가지고 있다. 우리 행정법학에서는 불확정개념, 재량행위, 비례원칙 등과 관련하여 의미를 가질 수 있을 것이다.

다음으로, 제도 중심의 연구는, 제도를 통하여 현상을 설명하고자 하는 사회과학적인 ‘제도주의’와는 다른 것으로, 본래 ‘법학적 방법’의 영역 내에 있는 연구방법이라고 할 수 있다. 사회적으로 새로운 문제가 제기되거나, 새로운 현상이 나타나거나, 법적으로 대응하여야 하는 현실적 필요가 발생하는 경우에 엄격한 법개념을 통하여, 다양한 가치를 반영하는 법제도로 구성하고, 헌법을 통한 지도 원리의 지도를 받는 제도를 구성하는 것은 다른 학문 분과와 비교할 때 행정법학에 가장 적합한 임무임과 동시에 행정법학이 가장 잘 할 수 있는 역할이기도 하다. 행정법학의 임무는 법제도를 체계적으로 설명하는 것에 그치지 아니하고, 건축, 도시개발, 금융, 정보화, 환경 등 다양한 영역의 현상을 엄밀한 법개념으로 구성하여 체계적인 법제도를 만드는 것을 포함하는 것이라 할 것이다. 더 나아가, 초학문·다학문 연구방법으로 규제행정법에 대한 연구와 법정책학 연구가 행정법학의 확대에 기여할 수 있을 것이다.

## 제2절 결어

행정법학은 ‘국가’와 국가의 ‘행정’을 대상으로 하는 학문이므로, 국가와

행정이 마주치는 시대적 상황이 변화하게 되면 그에 따른 학문의 방법도 변화하게 될 것이고, 국가와 행정, 그리고 국민과의 관계에서 국가와 행정의 임무와 역할이 시대에 따라 변화함에 따라 그에 부합하는 방법론도 끊임없이 변화되고 연구되어야 할 것이다.

“모든 시기마다 새로운 견해가 종래의 견해와 비교되면서 공권력의 국민에 대한, 그리고 법에 대한 지위를 결정해왔다. 공적 임무에 대한 시각은 계속하여 변화하고 있다는 점을 반드시 명심하여야 한다.”<sup>879)</sup>

현재 행정법학이 겪고 있는 위기는 어느 한 가지의 원인에서 비롯되었다고 할 수는 없고, 그에 대한 처방 역시도 어느 한 가지 방법이 되거나 한 쪽의 방향성을 가질 수는 없을 것이다. 행정법학의 정체성의 위기 속에서 이에 대응하기 위한 방법론적 성찰이 필요할 것인데<sup>880)</sup>, 그 성찰의 방향은 행정법학의 내부와 외부 양쪽을 모두 향하여야 할 것이다.

내부적으로는 행정법학의 ‘규범학’으로서의 법학이라는 정체성을 공고히 하여야 한다.<sup>881)</sup> 그리고 외부적으로는 다른 학문과의 연계를 통하여 사회의 문제를 해결할 수 있어야 한다. 그러한 면에서, 우리 행정법학의 근원이라고 할 수 있는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 오늘날에도 여전히 의미를 가진다고 할 것이다. 예링의 다음의 지적은 오늘날에도 여전히 경청할 가치가 있다고 할 것이다.

“법학이 진정으로 실천적이고자 한다면 실천적인 문제에만 국한해서는 안 된다.”<sup>882)</sup>

---

<sup>879)</sup> Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.42.

<sup>880)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 61면 참조.

<sup>881)</sup> 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호 (2015.12), 176면 참조.

<sup>882)</sup> Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts, II 2, 2. Aufl., 1869, S.369.

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 다음의 방향으로 우리 행정법학에 기여할 수 있을 것이다. 첫째로, ‘법학적 방법’을 통하여 기존의 권리구제 중심의 행정법학을 더욱 정교하게 발전시키는 것이다. 이를 통하여, 행정법학은 과거의 국가 권력의 자의에 의한 침해뿐만 아니라 오늘날의 공익·효율·안전 등의 행정 목적 또는 국가 목적의 달성을 명분으로 하는 국가의 행위로 인하여 발생할 수 있는 권리 침해로부터 국민의 자유와 권리, 재산을 보호하기 위한 국가 권력에 대한 ‘브레이크’의 역할을 여전히 충실히 수행할 수 있게 될 것이다.

둘째로, ‘법학적 방법’을 통하여 견고하고 예리한 법적 개념으로 구성된 법제도의 체계를 구축하는 것이다. 행정법학은 법문제화, 법개념화, 법제도화, 법체계화라는 단계를 통하여 사회의 모든 법적 문제들을 행정법학의 체계 속으로 수용할 수 있고, 체계를 지도하는 지도 원리의 적용을 받도록 할 수 있다. 국가의 제도는 그 자체로 국가의 법질서를 구성하는 것이므로, 국가의 법제도를 만드는 것은 행정법학의 역할에 해당한다. 현재의 제도를 법적으로 재구성하는 것, 새로이 발생하는 현상을 법제도화하는 것 모두 행정법학의 역할이라 할 것이고, 이러한 역할의 수행을 위해서는 ‘법학적 방법’이 필수적인 방법론이 될 것이다.

법학은 현실과 규범을 모두 다루는 학문이고, 법은 재판의 단계에서만 적용되는 것이 아니라 입법 단계, 행정 단계에 모두 적용되는 것이므로, 국가와 국민 사이의 관계를 정하는 법을 내용으로 하는 것이라면 그러한 법을 다루는 모든 국가권력에 대하여 ‘법학적 방법’을 중심으로 하는 행정법학의 방법론이 적용될 수 있다. 입법, 사법, 행정 어느 경우에도 ‘법개념’은 정확하고 예리하여야 한다. 개별적으로 살펴보면, 입법의 경우에는 ‘법개념 - 법제도 - 법체계’의 ‘법학적 방법’이, 행정의 경우에는 행정의 ‘사법형식성’이, 사법의 경우에는 법률해석에 있어서 법개념과 법체계가 보다 중시될 것이다.

그러나 한편으로, 오토 바호프가 적절하게 지적한 것처럼, 행정법학에서

---

칼 엥기쉬(안법영·윤재왕 역), 『법학방법론』, 2011, 세창출판사, 5면에서 재인용.

로렌츠 폰 슈타인의 연구 방법이 소멸됨으로써 중요한 지식의 원천들이 사라지게 되어, 행정과학과 행정법학이 내용적으로 빈곤하게 되었음은 부정할 수 없는 사실이라고 할 것이다. 법학적 방법이 중요하다고 하여도 법학적 방법의 방법론적 독점을 고집하는 단면적인 연구 방법은 더 이상 지지를 받지 못할 것이다. 우리 사회의 다양한 문제들을 해결하기 위해서는 사회 현상에 대한 과학적인 지식, 즉 사회과학 등 다른 학문의 지식을 활용하여야 함은 당연하다고 할 것이다. 더 나아가 여러 학문이 함께 해결하여야 하는 문제에 대하여는 다양한 방법론이 함께 사용될 필요가 있을 것이다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 오토 마이어의 행정법학은 방법론적 개방성을 가지고 있으므로, 행정법학의 방법론적 개방성은 다른 학문과의 연계를 통하여 법현실을 보다 과학적이고 합리적으로 파악할 수 있도록 할 수 있을 것이다. 법현실의 파악에 있어 입법자, 행정가, 법관의 개인적·주관적·자의적 판단에 기초하는 것보다는, 그 현실을 과학적으로 정확하게 분석하고 설명하는 것을 목적으로 하는 학문의 도움을 받는 것이 필요할 것이다. 그러한 면에서 사회과학적 방법론에 입각한 여러 사회과학 학문들과의 연계가 중요하다. 여기에서 로렌츠 폰 슈타인의 ‘국가학적 방법’과 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 접점을 발견할 수 있다.

다양한 학문과의 연계, 특히 사회과학과의 연계를 위한 구체적 방법론으로, 신행정법학의 방법론적 제안인 학제 연구, 다학문·초학문 연구 등 다양한 방법의 적용이 가능할 것이다. 우선, 학제 연구방법의 대상으로 행정법학과 다른 인접 학문 사이의 공통의 가치에 대한 연구와 국가의 공공제도에 대한 연구가 가능할 것이다. 그리고 다학문·초학문 연구방법으로, 현재에도 진행되고 있는 규제행정법에 대한 연구와 법정책학에 대한 연구로 행정법학의 영역을 보다 적극적으로 확대해 나가야 한다. 더 나아가 행정을 대상으로 하는 행정에 대한 경제학적 연구, 사회학적 연구에까지 행정법학의 영역은 확대될 수 있을 것이다.

이러한 연구방법은 모두 각 학문 분과의 독립성을 전제로 하고 있으므로, 공통의 문제 해결을 위해 여러 학문들과 협력하고, 다른 학문의 방법론을 통

하여 얻어진 객관적·과학적 지식을 행정법학의 내용으로 받아들이고 활용하여야 할 것이다. 이러한 연구에 있어서, 어떤 하나의 학문이나 방법론만이 진리일 수는 없고, 복잡 다양한 문제들을 어느 하나의 방법론만으로는 해결할 수 없을 것이므로, 존재하는 여러 문제들을 해결하기 위해서는 관련되는 학문과 방법론들 사이에서의 ‘분업’과 ‘협업’이 중요하다고 생각된다.

그동안 우리 행정법학계에서 제시된 다양한 방법론적 대응방안은 그 방향성에 있어서 행정법학의 위기 극복을 위한 적절한 방향으로 생각된다. 앞으로의 연구를 통하여 그러한 방향성을 가진 연구들의 구체적 방법론을 계속하여 모색하고 확립하여 나가는 것이 행정법학의 과제라고 할 것이다. 본 연구는 그동안 수행되어 온 우리 행정법학의 방법론을 정리하고 앞으로의 구체적인 방법론을 모색해보고자 하는 작은 시도이다. 앞으로 행정법학의 구체적인 방법론에 대한 연구가 지속되고, 다른 학문들과의 연계를 통한 다양한 방법론이 보다 구체적으로 논의될 수 있기를 기대한다.

끝으로, 행정법학이 국가와 사회에 발생하는 여러 문제들을 해결하여야 한다면, 그리고 그 문제가 국가적으로 또는 국민의 생활에 중요한 문제일수록, 수많은 학문들 중에서 다른 학문이 아닌 행정법학이 왜 국가와 국민의 문제에 대한 해결을 제시하여야 하는가라는 질문을 받게 될 것이고, 행정법학은 여기에 답을 하여야 할 것이다. 행정법학은 국가와 국민의 관계를 다루고, 국가의 목적 달성에 기여하고, 효율적인 제도를 만드는 데에 기여하고 결과적으로 공익의 실현에 기여하지만, 그러면서도 국민 개개인을 보호하는 역할을 할 수 있는 학문이기 때문이라는 행정법학의 정체성에 그 답이 있는 것으로 생각된다. 법치국가, 합헌적 법률의 지배, 침익적 행정에 대한 법률유보<sup>883)</sup>는 그런 의미에서 다양한 방법론적 논의에도 불구하고 행정법학이 유지하여야 하는 정체성의 핵심이라 할 것이다.

---

883) 법률유보에 근거한 법형성의 한계설정 문제가 ‘법학적 방법’의 핵심이라는 견해로는 박정훈, “행정법과 법해석 - 법률유보 내지 의회유보와 법형성의 한계”, 행정법연구, 제43호(2015.11), 13-46면 참조.

## 참고문헌

### I. 국내문헌

#### 1. 단행본

- 강신태, 사회과학연구의 논리, 박영사, 2002  
계희열, 헌법학(상), 박영사, 2004  
계희열 편역, 헌법의 해석, 고려대학교출판부, 1993  
권기현, 정책학의 논리, 박영사, 2014  
권영성, 헌법학원론, 법문사, 1994  
권오승·서정, 독점규제법, 법문사, 2017  
김광웅, 방법론강의, 박영사, 2006  
김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2013  
김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1993  
김동건, 비용·편익분석, 박영사, 2012  
김동희, 행정법 I, 박영사, 2015  
김동희 編, 행정작용법, 박영사, 2005  
김병섭, 편견과 오류 줄이기 - 조사연구의 논리와 기법, 법문사, 2010  
김운태, 행정학원론, 박영사, 1985  
김유환, 행정법과 규제정책, 삼원사, 2017  
김종보, 건설법의 이해, 피데스, 2013  
김중권, 행정법, 법문사, 2016  
김중권, 행정법기본연구 IV, 법문사, 2013  
김철용/최광률 編, 주석 행정소송법, 박영사, 2004  
김현준, 행정법관계에서의 사인의 권리와 의무, 법문사, 2013  
남기윤, 법학방법론, 고려대학교출판문화원, 2015  
류지태, 행정법의 이해, 법문사, 2007



류지태 · 박중수, 행정법신론, 박영사, 2016

박균성, 행정법론(상), 박영사, 2016

박동서, 한국행정론, 법문사, 1998

박세일, 법경제학, 박영사, 2007

박윤혼, 최신행정법강의(상), 박영사, 1998

박정훈(朴正勳), 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2008

박정훈(朴正勳), 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2008

박훈민, 독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구 - 국가사인설의 이론  
사적 고찰을 중심으로』, 서울대학교 박사학위논문, 2014

서승환, 합의제 독립규제기관의 민주적 정당성에 관한 연구 - 금융규제기관  
을 중심으로, 서울대학교 박사학위논문, 2014

서원우, 전환기의 행정법이론, 박영사, 1997

송시강, 행정법상 특허에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2010

오석홍, 행정학, 박영사, 2013

오세혁, 법철학사, 세창출판사, 2012

오시영 편저, 일본의 행정과 공공정책, 법문사, 2008

유 훈, 행정학원론, 법문사, 1996

이상덕, 영조물의 개념과 이론, 경인문화사, 2010

이상돈, 기초법학, 법문사, 2010

이상돈, 법철학, 법문사, 2008

이성엽, 행정부의 법령해석권 정립에 관한 연구 - 미국 행정부의 독자적 법  
령해석권 논의를 중심으로, 서울대학교 박사학위논문, 2012

이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010

이은상, 독일 재량행위 이론의 이해, 경인문화사, 2014

이준구, 미시경제학, 법문사, 2013

이준구, 재정학, 다산출판사, 2011

임 현, 오토 마이어 행정법학의 현대적 해석, 고려대학교 석사학위논문,  
1998

전광석, 독일사회보장법과 사회정책, 박영사, 2008

정남철, 현대행정의 작용형식, 법문사, 2016

정용덕 외, 현대국가의 행정학, 법문사, 2014

정재각/심익섭/이승철, 독일의 행정과 공공정책, 대영문화사, 2013

정정길, 정책학원론, 대명출판사, 2000

정정길, 행정학의 새로운 이해, 대명출판사, 2007

정정길 외, 정책학원론, 대명출판사, 2006

정하중, 행정법의 이론과 실제, 법문사, 2012

조좌호, 세계문화사, 박영사, 1994

최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 서울대학교 석사학위논문, 2004

최대권, 법사회학, 서울대학교출판부, 2000

최병선, 정부규제론, 법문사, 2004

최송화, 공익론 - 공법적 탐구, 서울대학교출판부, 2004

최종고, 법사상사, 박영사, 1992

한국법철학회(김도균 편), 한국 법질서와 법해석론, 세창출판사, 2013

한국법철학회(이계일 편), 법학방법론, 세창출판사, 2017

현승중/조규창, 게르만법, 박영사, 2001

현승중/조규창, 로마법, 법문사, 1996

홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2017

홍정선, 행정법원리: 독일의 이론과 실제, 박영사, 1990

홍준형, 법정책의 이론과 실제, 법문사, 2008

홍준형, 행정법, 법문사, 2011

홍준형, 행정쟁송법, 오래, 2017

## 2. 번역서

게오르그 빌헬름 프리드리히 헤겔(임석진 역), 법철학, 한길사, 2008

게오르그 엘리네크(김효전 역), 일반국가학, 법문사, 2005

기구치 요시오(이경덕 역), 결코 사라지지 않는 로마 - 신성로마제국, 다른세  
상, 2016

데이빗 오스본/테드 게블러(삼성경제연구소 역), 정부 혁신의 길, 삼성경제연  
구소, 1992

라렌츠/카나리스(허일태 역), 법학방법론, 세종출판사, 2000

레오 스트라우스 · 조셉 크랍시(김남국 외 역), 서양정치철학사 3, 인간사랑,  
2013

롤프 슈토버(최송화/이원우 역), 독일경제행정법, 법문사, 1996

마르틴 크릴레(홍성방 역), 법발견의 이론, 유로서적, 2013

아르투어 카우프만(김영환 역), 법철학, 나남, 2013

아리스토텔레스(손명현 역), 니코마코스 윤리학, 동서문화사, 2007

앤드류 헤이우드(조현수 역), 정치학, 성균관대학교출판부, 2004

엠마누엘 사베스(박종화 역), 민영화의 길, 한마음사, 1987

염야 쾡(서원우/오세탁 역), 일본행정법론, 법문사, 1996

제바스티안 하프너(안인희 역), 비스마르크에서 히틀러까지 - 독일제국의  
몰락, 돌베개, 2016

조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 정치사상사 2, 한길사, 2003

존 시어도어 머츠(이은경 역), 19세기 유럽 사상사 - 과학적 사고, 한길사,  
2012

칼 엥기쉬(안법영 · 윤재왕 역), 법학방법론, 세창출판사, 2011

쿠르트 젤만(윤재왕 역), 법철학, 세창출판사, 2010

하겐 술체(반성완 역), 새로 쓴 독일역사, 지와 사랑, 2014

### 3. 논문

강지은, “프랑스 행정법상 공역무 개념의 의의와 기능”, 행정법연구, 제23호  
(2009), 207-231면.

강현호, “금융 및 경제위기의 공법적 대응방안 - 조장적 사회국가를 지향하

- 면서”, 성균관법학, 제25권 제3호(2013.9), 81-107면.
- 계인국, “현대 행정법학 방법론의 전개양상에 대한 소고 - 조종이론과의 접점을 중심으로”, 고려법학, 제87호(2017.12), 1-40면.
- 계희열, “실증주의적 헌법학방법론 소고”, 안암법학, 제1권(1993), 21-54면.
- 국순옥(김도균 역), “헤겔과 슈타인에 있어서 독일 관념론 국가사상”, 민주법학, 제55호(2014.7), 177-206면.
- 금태환, “행정법의 해석과 문언·입법취지 - 미국과 한국의 판례 분석을 중심으로”, 법조, 제56권 제4호(2007), 210-245면.
- 김광수, “글로벌시대의 공익론”, 행정법연구, 제19호(2007), 101-125면.
- 김남진, “행정법의 종말론과 재생론”, 법연, 제46호(2015), 32-35면.
- 김대인, “정부조달계약에 있어서 투명성의 법적 의미”, 행정법연구, 제13호(2005), 195-222면.
- 김도균, “법원리로서의 공익 - 자유공화주의 공익관의 시각에서”, 서울대학교 법학, 제47권 제3호(2006.9), 155-215면.
- 김동희, “한국사회의 변화와 행정법학의 과제”, 서울대학교 법학, 제28권 제1호(1987), 73-80면.
- 김병기, “정보보호 거버넌스 현황과 지능정보사회의 정보보호 거버넌스 개편試論”, 행정법연구, 제51호(2017.12), 73-108면.
- 김성수, “오토 마이어- 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가”, 공법연구, 제45집 제2호(2016.12), 232-255면.
- 김성태, “경찰행정의 작용형식”, 김동희 편, 행정작용법, 박영사, 2005, 975-988면.
- 김용섭, “정현 박운흔 박사의 행정법학 - 관료와 학자의 병행적 삶 속에 꽃피운 실용학문”, 공법연구, 제44집 제2호(2015.12), 247-286면.
- 김유환, “21세기 New Governance에서의 NGO/NPO의 역할과 과제”, 행정법연구, 제15호(2006.5), 169-185면.
- 김유환, “영미에서의 공익개념과 공익의 법문제화 - 행정법의 변화와 대응”, 서울대학교 법학, 제47권 제3호(2006.9), 52-88면.

- 김유환, “우리 민영교도소제도의 행정법적 문제”, 행정법연구, 제40호 (2014.11), 85-106면.
- 김유환, “한국 행정법학의 태동과 발전 - 목촌의 행정법총론과 한국 행정법학”, 공법연구, 제44집 제1호(2015.10), 327-348면.
- 김유환, “행정법 해석의 원리와 해석상의 제문제”, 한국법철학회(김도균 편), 한국법질서와 법해석론, 세창출판사, 2013, 488-509면.
- 김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 행정법연구, 제12호(2004.10), 343-364면.
- 김종보, “강학상 인가와 정비조합 설립인가 - 대법원 2002.3.11.자 2002그 12 결정을 계기로”, 행정법연구, 제10호(2003.10), 325-344면.
- 김종보, “건축법과 민사법의 접점”, 중앙법학, 제4권 2호(2002.9), 63-98면.
- 김종보, “노대의 구조변경과 증축의 개념”, 행정법연구, 제9호(2003.5), 251-268면.
- 김종보, “공용환권의 개념과 법적 효과”, 행정법연구, 제31호(2011.12), 23-50면.
- 김종보, “이주대책의 개념과 특별공급의 적용법조”, 행정법연구, 제28호 (2010.12), 163-182면.
- 김종보, “재개발사업에서 학교용지의 개념과 법적 성질”, 행정법연구, 제47호 (2016.12), 191-211면.
- 김종보, “행정법학의 개념과 그 외연 - 제도 중심의 공법학방법론을 위한 시론”, 행정법연구, 제21호(2008.8), 1-22면.
- 김종보, “행정법학의 새로운 과제와 건축행정법의 체계”, 고시계, 제44권 제 11호(1999.10), 48-62면.
- 김중권, “행정법에서의 학문현상으로서의 학설, 그에 대한 적정성 평가에 관한 소고”, 안암법학, 제33권(2010), 1-64면.
- 김해룡, “경제성원리의 행정법예의 수용”, 공법연구, 제32집 제4호(2004.3), 19-39면.
- 김환학, “법률유보-중요성설은 보장행정에서도 타당한가”, 행정법연구, 제40

- 호(2014.11), 1-28면.
- 김효연, “오토 마이어의 공법상계약 이론에 관한 연구”, 행정법연구, 제35호 (2013.4), 115-145면.
- 문병효, “최근 독일행정법의 변화와 시사점 - 유럽화, 민영화, 규제완화를 중심으로”, 고려법학, 제52호(2009.4), 213-261면.
- 문상덕, “현대의 행정 변화와 행정법학 방법론 연구 - 전통적 행정법학의 방법론 분석과 그 보완을 위한 시론”, 행정법연구, 제14호(2005.10), 115-146면.
- 박세일, “법적 정의와 경제적 효율”, 서울대학교 法學, 제39권 제1호(1998), 220-246면.
- 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보, 제29권 제4호(1995), 1401-1412면.
- 박응격, “서독행정학의 역사적 변천과 신관리모델”, 한국행정학보, 제13권 제13호(1979), 138-146면.
- 박재운, “협치시대에서 입법의 역할-행정법학의 관점에서”, 공법연구, 제45집 제2호(2016.12), 181-209면.
- 박정훈(朴正勳), “공·사법 구별의 방법론적 의의와 한계 - 프랑스와 독일에서의 발전과정을 참고하여”, 공법연구, 제37집 제3호(2009.2), 83-110면.
- 박정훈(朴正勳), “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 박영사, 2007, 1-48면.
- 박정훈(朴正勳), “세계 속의 우리나라 행정소송·행정심판·행정절차 - 법치행정 삼륜의 상호관계”, 저스티스, 제92호(2006), 306-337면.
- 박정훈(朴正勳), “오토 마이어(1846-1924)의 삶과 학문”, 행정법연구, 제18호 (2007.8), 199-230면.
- 박정훈(朴正勳), “적극행정 실현의 법적 과제 - 적극행정부로서의 패러다임 전환을 위한 시론-”, 공법연구, 제38집 제1호(2009.10), 329-353면.

- 박정훈(朴正勳), “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 제2호(2015.12), 161-191면.
- 박정훈(朴正勳), “행정법과 법해석-법률유보 내지 의회유보와 법형성의 한계”, 행정법연구, 제43호(2015.11), 13-46면.
- 박정훈(朴正勳), “행정법학의 과제와 임무 - 행정법학의 미래: ‘민주’ 및 ‘민주적 합의’의 자각”, 한국공법학회 2016년도 공법학자대회 자료집, 한국공법학회(2016.12), 61-76면.
- 박정훈(朴正勳), “행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로”, 한국공법이론의 새로운 전개(목춘 김도창 박사 팔순기념논문집), 삼지원, 2005, 217-236면.
- 박중수, “4차 산업혁명 시대의 자동차 관련 법제의 합리적 개선방안”, 법제연구, 제53호(2017), 269-310면.
- 박현정, “재건축·재개발정비사업조합의 설립동의 또는 총회결의에 관한 소송유형의 검토: 2009.9.17. 및 2009.9.24.의 대법원 판결·결정을 중심으로”, 행정법연구, 제26호(2011), 143-167면.
- 방동희, “행정법학에 있어서 법해석방법론에 관한 소고 - 이른바 ‘재판전제성’의 해석과 관련하여”, 공법학연구, 제14권 제1호(2013.2), 437-464면.
- 배병호, “예산편성과정과 행정법”, 행정법연구, 제43호(2015), 167-191면.
- 백윤기, “금융행정에 있어서 법치주의 구현방안: 금융행정법의 정립과 발전 방향의 모색”, 저스티스, 제33권 제4호(2000), 5-42면.
- 서보국, “조세법상 법관의 법발견과 법형성”, 법학연구(충남대학교 법학연구소), 제26권 제3호(2015.12), 11-37면.
- 서원우, “법치주의의 현대적 전개와 전환기 행정법학의 과제”, 서울대학교 법學, 제38권 2호(1997), 1-12면.
- 서원우, “행정법학에서 본 행정학”, 한국행정학보, 제10호(1976.12), 94-120면.
- 서원우, “행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제”, 행정법연구, 제7호

(2001.9), 1-10면.

서원우, “한국행정법(학)의 현황과 문제”, 공법연구, 제23권 제3호, 35-49면.

선정원, “개방적 경쟁사회를 위한 제도적 인프라에 대한 정부의 형성책임 - 건강기능식품산업”, 행정법연구, 제39호(2014.7), 1-26면.

송시강, “행정행위 유형론에 대한 재검토”, 홍익법학, 제12권 제1호(2011), 483-534면.

안동인, “비례원칙과 사법판단권의 범위 - 행정재량권의 통제원리로서의 비례원칙을 중심으로”, 행정법연구, 제34호(2012.12), 1-26면.

양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 법철학연구, 제10권 제1호(2007), 233-258면.

우미형, “행정각부의 법해석권과 정부입법”, 행정법연구, 제49호(2017), 75-102면.

윤혜선, “신흥기술(emerging technologies)의 규제에 대한 몇 가지 고찰”, 경제규제와 법, 제19호(2017), 7-29면.

이계수, “경제정의와 행정법 - 자유와 재산 개념의 재구성을 포함하여”, 공법연구, 제42권 제1호(2013), 81-113면.

이계수, “군사안보외교통상 정책에 대한 민주주의적 통제; 국방에 대한 민주주의적 통제”, 민주법학, 제32호(2006), 23-54면.

이기춘, “경찰질서법상 위험개념 및 표현위험과 위험의 의심 - 독일경찰법학의 위험개념 검토를 중심으로”, 공법연구, 제31집 제4호(2003), 363-392면.

이상덕, “Ernst Forsthoff의 행정법학 체계와 방법론 개관”, 행정법연구, 제10호(2003.10), 275-303면.

이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 83-112면.

이원우, “거시경제정책에 대한 법적 통제와 그 한계에 대한 연구”, 행정법연구, 제7호(2001.9), 255-276면.

이원우, “경제규제와 공익”, 서울대학교 法學, 제47권 제3호(2006.9), 89-120면.



- 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 독일연방공화국 60년, 2009, 도서출판 오름, 201-230면.
- 이원우, “행정조직의 구성 및 운영절차에 관한 법원리 - 방송통신위원회의 조직성격에 따른 운영 및 집행절차의 쟁점을 중심으로”, 경제규제와 법, 제2권 제2호(2009.11), 96-119면.
- 이원우, “현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점”, 행정법연구, 제29호(2011.4), 105-133면.
- 이은기, “사정판결과 공공복리”, 행정법연구, 제27호(2010.8), 153-196면.
- 이현수, “국가의 법적 개념”, 행정법연구, 제36호(2013.7), 87-113면.
- 이희정, “커뮤니케이션 기술의 발전과 디지털 플랫폼 규제”, 행정법연구, 제49호(2017), 53-74면.
- 장경원, “EU법상 좋은 행정의 의미”, 행정법연구, 제25호(2009.12), 273-305면.
- 정남철, “행정법학의 공익론 - 특히 공익개념의 현안과 과제를 중심으로”, 유럽헌법연구, 제19호(2015.12), 407-442면.
- 정남철, “행정법학의 구조변화와 행정판례의 과제”, 저스티스, 154호(2016.6), 153-188면.
- 정호경, “국가법인설의 기원과 전개 과정 - 독일에서의 발전과정을 중심으로”, 행정법연구, 제42호(2015.7), 1-22면.
- 정호경, “기본법의 관점에서 본 독일 행정소송제도의 기능: 특히 법치국가원리의 관점에서”, 공법연구, 제39집 제2호(2010), 571-595면.
- 조성규, “과징금의 법적 성격 및 부과기준”, 행정판례연구, 제14집(2009), 141-193면.
- 차민식, “기능사화와 국가책임에 관한 소고 - 독일에서의 논의를 중심으로”, 행정법연구, 제29호(2011), 61-104면.
- 최계영, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 174-204면.
- 최봉철, “최근 법실증주의의 전개와 자연법론과의 관계”, 법철학연구, 제13권

- 제3호(2010.12), 217-250면.
- 최송화, “법과 정책에 관한 연구”, 서울대학교 法學, 제26권 4호(1985), 81-95면.
- 최송화, “한국 행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제”, 서울대학교 法學, 제36권 2호(1995), 134-158면.
- 최승원, “행정법과 공익”, 행정법연구, 제15호(2006.5), 95-111면.
- 최승필, “경제행정의 수단으로서의 금융감독에 대한 법적 검토”, 외법논집, 제24호(2006.11), 223-254면.
- 최승필, “통계의 공법적 의미와 과제”, 공법학연구, 제8권 제2호(2007.5), 395-418면.
- 홍강훈, “원칙(Prinzip)과 규율(Regel)의 엄격한 구분에 근거한 기속행위와 재량행위의 새로운 구별기준”, 공법학연구, 제17권 제3호(2016), 81-108면.
- 홍준형, “법정책학의 의의와 과제”, 행정법연구, 제6호(2000.11), 119-139면.
- 홍준형, “서원우 교수와 한국의 행정법학”, 서울대학교 法學, 제47권 4호(2006.12), 372-385면.

## II. 국외문헌

### 1. 독일

#### (1) 단행본

- Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle(Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002.
- Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl., 2009.
- Brüning/Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der

- Wirklichkeit, 2015.
- Bumke, Christian: Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004.
- Bumke, Christian: Rechtsdogmatik, 2017.
- Bydlinsky, Franz: Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl., 2012.
- Dewitz, Ralf: Der Vertrag in Der Lehre Otto Mayers, 2004.
- Ehlers/Pünder(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016.
- Fleiner, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928.
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., 1958.
- Friedrich, Manfred: Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997.
- Funke/Lüdemann(Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009.
- Grimm, Dieter: Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012.
- Haack, Stefan: Theorie des Öffentlichen Rechts, 2017.
- Heyen, Volkmar: Otto Mayer - Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981.
- Hilbert, Patrick: Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015.
- Hueber, Alfons: Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982.
- Ishikawa, Toshiyuki: Friedrich Franz von Mayer, 1992.
- Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre und Politik, 1896 (Neudruck: Hg. Ziemann/Funke, 2016).
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931.
- Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre, 1. Aufl., 1934.
- Knemeyer, Franz-Ludwig: Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007.

- Koch, Hans-Joachim: Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, 2. Aufl., 2015.
- Koslowski, Stefan(Hrsg.): Lorenz von Stein und der Sozialstaat, 2014.
- Kuhlmann/Wollmann, Verwaltung und Verwaltungsreform in Europa, 2013.
- Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995.
- Lahusen, Benjamin: Rechtspositivismus und juristische Methode, 2011.
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011.
- Mayer Franz: Die Verwaltungslehre des Lorenz von Stein - Verwaltungslehre heute, in: Roman Schnur(Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1978.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924.
- Mayer, Otto: Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886.
- Mayer, Otto: Erk Volkmar Heyen (Hg.), Kleine Schriften zum öffentlichen Recht. 1 Bde., 1981.
- Meyer, Georg: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., 1913.
- Meyer-Hesemann, Wolfgang: Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981.
- Möllers, Christoph: Methoden, in: Hoffmann Riem/Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012.
- Müller, Roger: Verwaltungsrecht als Wissenschaft, 2006.
- Park, Jeong Hoon: Rechtsfindung im Verwaltungsrecht: Grundlegung einer Prinzipientheorie des Verwaltungsrechts als Methode der Verwaltungsrechtsdogmatik, 1999.
- Paust, Dirk: Die institutionelle Methode im Verwaltungsrecht, 1997.
- Püttner, Günter: Verwaltungslehre, 4. Aufl., 2007.
- Schliesky/Schlürmann, Lorenz von Stein, 2015.

- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013.
- Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004.
- Schmidt - De Caluwe, Reimund: Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999.
- Schnur, Roman(Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1978.
- Schuppert, Gunnar Folke: Verwaltungswissenschaft, 2000.
- Schröder, Jan: Recht als Wissenschaft, 2. Aufl., 2012.
- Schröder, Rainer: Verwaltungsrechtsdogmatik in Wandel, 2007.
- Seibel, Wolfgang: Verwaltung verstehen, 2. Aufl., 2017.
- Stolleis, Michael: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992.
- von Sarwey, Otto: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1887.
- von Stein, Lorenz: Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Schliesky, Utz, 2010).
- Voßkuhle, Andreas: Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, vol. 1, 2. Aufl., 2012.
- Wilhelm, Walter: Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003.
- Winkler, Günther: Theorie und Methode in der Rechtswissenschaft, 1989.
- Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2007.
- Wyduckel, Dieter: Ius Publicum, 1984.

(2) 논문

Appel, Ivo: Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichen Anspruch, VVDStRL, Bd.67(2008), S.226-277.

Bachof, Otto: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwarts Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.193-238.

Kelsen, Hans: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts Vol. 31, 1913, S. 53-98, S. 190-249.

Röhl, Hans Christian: Öffnung der Method durch Internationalität und Interdisziplinarität, VVDStRL, Bd.74(2015), S. 7-32.

## 2. 미국

### (1) 단행본

Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz, Administrative Law and Regulatory Policy, 7th, 2011.

Osborne/Gaebler, Reinventing Government, 1992.

Lasswell, Harold D., The Future of Political Science, 2005.

Pierce Jr., Richard J., Administrative Law Treatise, 5th, 2010.

Pittau, Joseph, Political Thought in Early Meiji Japan 1868-1889, Harvard University Press, 1967.

Rosenbloom/Kravchuk/Clerkin, Public Administration, 8th, 2015.

Shafritz, Jay M., International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998.

Shafritz/Hyde, Classics of Public Administration, 6th, 2007.

### (2) 논문

- Bogumil, Jörg, On the Relationship Between Political Science And Administrative Science In Germany, Public Administration Vol.83, No.3, 2005, pp.669-684.
- Diver, Colin S., Policymaking Paradigms in Administrative Law, Harvard Law Review, Vol.95, No.2(Dec., 1981), pp.393-434.
- Mengelberg, Kaethe, Lorenz von Stein and his Contribution to Historical Sociology, Journal of the History of Ideas, Vol.22, No.2(Apr.-Jun., 1961), pp.267-274.
- Musgrave, Richard A., Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), pp.145-193.
- Rosser, Christian, Woodrow Wilson's Administrative Thought and German Political Theory, Public Administration Review, Vol.70, No.4. 2010, pp.547-556.
- Seibel, Wolfgang, Administrative Science as Reform: German Public Administration, Public Administration Review, Vol.56, No.1. 1996, pp.74-81.

### 3. 일본

正木宏長, 行政法と官僚制, 成文堂, 2013.

## **Zusammenfassung**

# **Eine Studie über die Otto Mayersche Lehre von der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methode**

## **- Vergleich mit der Lorenz von Steinsche Lehre von der staatswissenschaftlichen Methode -**

Rhee, Jean Soo

Seoul Nationale Universität

Immer wieder befindet die Verwaltungsrechtsdogmatik sich in einer Phase großer Herausforderungen. Die Methode der Verwaltungsrechtswissenschaft legt der 'juristischen Methode' von Otto Mayer zugrunde. Trotz vieler Kritiken, wird Otto Mayer als der Begründer der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft im Allgemein anerkannt. Da die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft auf die koreanische Verwaltungsrechtswissenschaft bisher einen großen Einfluss ausgeübt hat, kann man daraus folgern, dass die Mayersche Lehre nicht nur in die koreanische Verwaltungsrechtswissenschaft bloß eingeführt, sondern auch zum großen Teil der Disziplin begründet hat. In dieser Studie handelt es sich um die Methode Otto Mayers.



Die sog. 'juristische Methode' Otto Mayers wurde im Privatrechtswissenschaft auf die Lehre von F. C. von Savigny, G. F. Puchta, C. F. von Gerber, R. von Jhering und P. Laband gegründet. Sie bedeutet die 'juristische Konstruktion' mit Ausschluss von Politik, Philosophie, und Geschichte aus juristischer Beweisführung. Wesentliche Komponente der juristischen Methode bestehen aus drei Teilen: der Rechtsbegriff, das Rechtsinstitut und das Rechtssystem. Otto Mayer hat den Begriff der Rechtsbegriffsbildung, beziehungsweise Rechtsinstitutsgestaltung in einer Vorstellung von Rechtsstaat hergeleitet. Bei Otto Mayer ist die Idee von Rechtsstaat die Herrschaft des Gesetzes und die Justizförmigkeit der Verwaltung dargestellt.

Im Gegenteil lässt sich die sog. 'staatswissenschaftliche Methode' Lorenz von Steins als eine umfassende verwaltungswissenschaftliche Methode aufgrund einer verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkte qualifizieren. Lorenz von Stein selbst war als Juristen, Verwaltungswissenschaftler, Volkswirte, Finanzwissenschaftler, Soziologen und Philosophen geschätzt. Lorenz von Stein hat die Verwaltungslehre als die natürliche und nothwendige Voraussetzung von Verwaltungsrechtssystem erfasst. Er hat betont, dass die Wissenschaft des Verwaltungsrechts keine selbständige Wissenschaft, sondern das Correlat der Verwaltungslehre ist. Daher ist Lorenz von Stein als Begründer der Verwaltungslehre dargestellt.

Gegen die Verwaltungslehre hatte Otto Mayer für die Unabhängigkeit der Verwaltungsrechtswissenschaft eingetreten. Es können sagen, dass die sog. juristische Methode die staatswissenschaftliche Methode verdrängt. Aber Otto Mayer hat

betont, dass die Steinschen Werke der Grund- und Eckstein der Wissenschaft des Verwaltungsrechts geworden sind. Hier lässt sich die Offenheit der Mayerschen Methode gekennzeichnet werden. Wie schon Otto Bachof angemessen betrachtet hat, hat Otto Mayer weder andere Bereiche des Verwaltungsrechts nicht beiseite geschoben, noch keine methodologische Alleinherrschaft verfolgt.

Basierend auf der Methode Otto Mayers sind verschiedene Studien möglich. Zum Beispiel geht es Intra-, Inter-, Multi- und Transdisziplinarität. Bei alledem, die juristische Methode hat eine Bedeutung. Bei der koreanischen Verwaltungsrechtswissenschaft handelt sich es auch wesentlich um den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes.

**Schlüsselwörter : Otto Mayer, Lorenz von Stein, juristische Methode,  
juristische Methodenlehre, staatswissenschaftliche Methode,  
Verwaltungsrechtswissenschaft**

***Student Number : 2012-30355***



## 저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

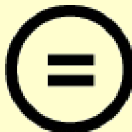
다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

오토 마이어의

행정법학 방법론에 관한 연구

— 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법론과의  
비교를 중심으로 —

2018년 2월

서울대학교 대학원

법학과 행정법 전공

이 진 수



오토 마이어의  
행정법학 방법론에 관한 연구

— 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법론과의  
비교를 중심으로 —

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2017년 10월

서울대학교 대학원  
법학과 행정법 전공  
이 진 수

이진수의 박사 학위논문을 인준함

2017년 12월

委員長 \_\_\_\_\_

副委員長 \_\_\_\_\_

委員長 \_\_\_\_\_

委員長 \_\_\_\_\_

委員長 \_\_\_\_\_



## 국문초록

학문의 정체성은 연구대상과 연구방법의 독자성에 달려있다. 본 연구는 ‘법학’으로서의 행정법학의 ‘독자성’과 ‘정체성’이라는 기준을 가지고, 행정법학의 ‘방법론’의 문제를 살펴보고자 한다. 본 연구는 앞으로 독자적 학문으로서 우리 행정법학이 나아가야 할 방법론적 방향을 모색하기 위한 시작으로, 먼저 우리 행정법학에 큰 영향을 미친 독일 행정법학의 창시자로 평가받는 오토 마이어의 행정법학 방법론을 살펴보려 한다. 우리의 행정법학은 19세기 독일에서 형성된 그것을 기반으로 하고 있다. 그래서 독일의 행정법학과 그 시작점이라고 할 수 있는 오토 마이어의 법학적 방법을 연구하는 것은 우리의 행정법학의 근원을 연구하는 것을 의미한다고 할 수 있다.

오토 마이어 당시 독자적 학문으로서의 행정법학을 성립하도록 한 그의 행정법학의 방법론적 특징을 당시의 주류적 방법론이라고 할 수 있는 로렌츠 폰 슈타인의 방법론과 비교하여 살펴보고, 오늘날의 ‘행정법학의 위기’라 불리는 상황에서 오토 마이어의 방법론이 갖는 의미를 찾아보고자 하는 것에 본 연구의 목적을 두고 있다. 오토 마이어의 행정법학 방법론이 오늘날 우리 행정법에서 갖는 의의와 시사점을 토대로, 행정법학과 다른 학문들과의 연계와 협력을 통한 우리 행정법학의 확장 가능성을 살펴보고, 그 구체적인 방법론을 모색해 보는 것에 본 연구의 목적이 있다.

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 특유한 ‘법학적 기본이념’이 지배하는 국법학의 영향을 받았는데, 특히 ‘개념’, ‘법제도’, ‘법체계’를 통한 법적 구성의 방법론이 대표적인 예이다. 당시 민사법학의 ‘법학적 방법’은 개념을 중시하는 구성주의적인 것이었고, 오토 마이어는 행정법학에서 개념과 법제도의 형성을 통하여 행정법학의 체계를 구축하려 하였다. 그런데 오토 마이어의 방법론은 여기에 그치지 아니하고, 법이념인 법치국가사상이 지도 원리의 역할을 한다는 특징이 있다. 법치국가 사상의 역할은 특히 경찰법제도와 재정법제도에 대한 설명에서 두드러지게 나타난다. 한편, 오토 마이어는 독일 행정법학의 민사법학 및 프랑스 행정법에 대한 독자성을 강조하였다.



행정법에 대한 방법론에 있어, 로렌츠 폰 슈타인은 그 자신이 법학자였지만 그의 방법론은 법학적인 것은 아니었고, ‘국가학적 방법’을 따랐다. 로렌츠 폰 슈타인의 방법론은 행정법적 기초를 가지는 포괄적인 종합과학적 접근방법 또는 행정현상에 대한 종합과학으로서의 행정과학적 접근방법 등의 성격을 갖는다. 특히 그의 연구는 관방학적 체계를 따랐지만, 연구방법은 사회과학적이었다는 점에 특징이 있다. 그의 연구는 정치학, 경제학 등 다양한 사회과학적 기반을 가지고 있다. 특히 그는 “통계학은 국가생활에 대한 올바른 이해를 위한 방법”이라고 하여 기존의 연구와는 다른 사회과학적 방법에 따른 연구를 강조하였다. 그는 행정법이 “행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초인 행정학원리의 지도를 받아야 한다.”고 주장한다. 그는 행정현상에 대한 ‘법학적 방법’에 따른 연구를 반대한 것은 아니었고 그의 연구는 상당부분 행정법적 기초를 가지고 있지만, “순수한 법학적 방법만으로는 행정을 특히 사회와의 관계에서 과학적으로 이해하기에 충분하지 않다.”고 하고, 행정 현상의 이해에 있어서는 여러 학문 분야에 걸친 포괄적이고 종합적인 연구가 필요하므로 순수한 ‘법학적 방법’으로는 충분하지 못하다고 보았다. 무엇보다도 로렌츠 폰 슈타인은 행정법에 대한 학문을 독자적인 학문으로 인정하지 않고 ‘행정학에 연동된 것’에 불과한 것으로 이해하였다.

오토 마이어는 자신의 방법론을 스스로 ‘법학적’인 방법이라고 인식하였다. 그는 자신의 체계를 ‘법학적인 것’으로 인식한 반면, 국가학적 행정학의 체계는 법학적인 것이 아니라고 평가하였다. 또한 오토 마이어는 엄격한 체계를 요구하는 것을 독일 법학의 고유한 성격으로 설명하고, 행정법학의 임무를 여러 란트의 법으로 흩어져 있는 개별 행정법의 법제도들의 체계를 설명하는 것이라고 하여, ‘체계’를 중시하는 사비니 이래의 ‘법학적 방법’의 전통을 계승하고 있다. 오토 마이어는 ‘법학적 방법’을 통하여 일반개념, 전체적인 관점, 그리고 전체적인 구조를 만들어 내었고, 그 결과로 행정법학 분야에서 ‘법학적 방법’이 19세기말 경 전성기를 누리고 있었던 ‘국가학적 방법’을 대체하는 방법론으로 자리 잡게 된 것으로 평가받고 있다.

행정법학은 ‘국가’와 국가의 ‘행정’을 대상으로 하는 학문이므로, 국가와

행정이 마주치는 시대적 상황이 변화하게 되면 그에 따른 학문의 방법도 변화하게 될 것이고, 국가와 행정, 그리고 국민과의 관계에서 국가와 행정의 임무와 역할이 시대에 따라 변화함에 따라 그에 부합하는 방법론도 끊임없이 변화되고 연구되어야 할 것이다.

**주요어 :** 오토 마이어, 로렌츠 폰 슈타인, 법학적 방법, 법학방법론, 국가학적 방법, 행정법학

**학 번 :** 2012-30355



# 목 차

## 국문초록

연구의 목적과 범위 .....	1
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 범위와 방법 .....	7
I. 연구의 범위 .....	7
II. 연구의 방법 .....	11
제3절 용어의 정의 .....	12
제1장 예비적 고찰 .....	14
제1절 독일 행정법학의 성립 .....	14
I. 권위주의적 절대국가 시대 .....	14
1. 근세 사법국가 시대 .....	14
2. 경찰국가 시대 .....	16
II. 법치국가 시대 .....	17
1. 시대적 특징 .....	17
2. 학문적 경향 .....	18
제2절 법학적 방법 .....	21
I. 법학적 방법의 초기 형성 .....	21
1. 사비니: 역사법학과 도그마틱 .....	21
2. 푸흐타: 개념법학 .....	24
II. 민사법학의 방법론으로 ‘법학적 방법’의 성립 .....	25
1. 게르버 .....	25
2. 예링 .....	26
III. ‘법학적 방법’의 공법에의 도입 .....	27

1. 게르버: 민사법학의 ‘법학적 방법’을 공법에 적용 .....	27
2. ‘법학적 방법’의 국법학·행정법학에의 도입 .....	33
제3절 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 생애와 사상적 기초 .....	38
I. 로렌츠 폰 슈타인의 생애(1815-1890) .....	39
II. 오토 마이어의 생애 (1846-1924) .....	42
III. 공통의 사상적 기초: 헤겔의 국가사상 .....	44
1. 헤겔의 ‘시민사회’ .....	45
2. 헤겔의 ‘국가’ .....	46
3. 국가에서의 ‘행정’ .....	47
IV. 검토 .....	49
제2장 국가와 행정 .....	51
제1절 로렌츠 폰 슈타인의 국가와 행정 .....	51
I. 로렌츠 폰 슈타인의 ‘국가’ .....	51
II. 로렌츠 폰 슈타인의 ‘행정’ .....	52
1. 행정의 의의 .....	52
2. 행정의 기능 .....	55
3. 내무행정 .....	56
제2절 오토 마이어의 국가 .....	60
I. 국가에 대한 이해 .....	60
1. ‘공동체’로서의 국가 .....	60
2. ‘영조물’로서의 국가 .....	61
II. 헌법국가 .....	63
1. 행정법의 전제조건 .....	63
2. 권력분립 .....	64
3. 법률의 지배 .....	68
제3절 오토 마이어의 행정 .....	70
I. 행정 개념의 전제인 사법과 입법 .....	71

1. 의의 .....	71
2. 국가작용으로부터 사법(司法)의 분리 .....	71
3. 국가작용으로부터 입법(立法)의 분리 .....	72
II. 행정 개념의 소극적 정의 .....	73
1. 입법과 사법 개념의 확장을 통한 행정의 개념정의 .....	73
2. 행정 개념에 대한 새로운 역사적 추가물: 법치국가의 요청 ..	74
제4절 비교 및 평가 .....	75
I. 국가 .....	75
II. 행정 .....	76
제3장 행정법과 행정법학 .....	78
제1절 로렌츠 폰 슈타인의 행정법과 행정법학 .....	78
I. 행정법 .....	78
1. 로렌츠 폰 슈타인의 공법체계 .....	78
2. 내무행정법 .....	78
3. 내무행정법의 영역 .....	79
II. 행정법학 .....	82
1. 법에 대한 인식: 인격과 생활 .....	82
2. ‘법’에 대한 학문: 법기술과 법학 .....	83
3. 행정법의 학문 .....	83
제2절 오토 마이어의 행정법 .....	84
I. 행정법의 개념 .....	85
II. 행정법의 성격: 공법성 .....	85
III. 행정법의 체계 .....	86
1. 개요 .....	86
2. 행정법 총론 .....	87
3. 행정법 각론 .....	88
IV. 행정법의 법원 .....	89

1. 법률 .....	89
2. 명령 .....	90
3. 자치규정과 관습법 .....	91
제3절 오토 마이어의 행정법학 .....	91
I. 국법학으로부터의 독립 .....	91
II. 국가학과의 관계 .....	92
1. 행정법학의 국가학에의 의존 .....	92
2. 국가학적 방법의 특징 .....	93
3. 행정학과의 연결의 문제점 .....	93
III. 민사법학과의 관계 .....	94
1. 행정법학의 독자성 인식 .....	94
2. 민사법제도와와의 차이점 강조 .....	95
제4절 비교 및 평가 .....	97
I. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 특징 .....	97
II. 오토 마이어의 비판 .....	99
III. 검토 .....	100
제4장 국가학적 방법과 법학적 방법 .....	101
제1절 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법 .....	101
I. 개요 .....	101
II. 방법론적 특징 .....	102
1. 종합과학적 성격 .....	103
2. 행정학 원리의 강조 .....	103
3. ‘법학적 방법’의 한계 인식 .....	104
4. 미래지향적 관점 .....	105
5. 지도이념: 자유주의 .....	106
제2절 오토 마이어의 법학적 방법 .....	106
I. 행정법 총론의 완성 .....	106

1. 행정법 총론의 필요성 .....	107
2. 오토 마이어에 의한 행정법 총론의 완성 .....	108
3. 행정법 총론의 의미 .....	110
II. 법학적 방법 .....	110
1. 게르버-라반트의 국법학으로부터의 영향 .....	111
2. ‘형식’의 중시 .....	113
3. ‘개념-법제도-법체계’의 방법론 .....	114
III. 독일 행정법학의 독자성 강조 .....	119
1. 민사법학으로부터의 독자성 .....	119
2. 프랑스 행정법으로부터의 독자성 .....	120
제3절 법학적 방법의 지도원리: 법치국가 사상 .....	121
I. 법치국가의 성립 .....	121
1. 법치국가의 역사적 성립과정 .....	121
2. 법치국가에 대한 인식 .....	122
II. 법치국가의 요건 (1): 잘 정돈된 행정법의 국가 .....	123
III. 법치국가의 요건 (2): 행정의 사법형식성 .....	124
1. ‘사법부의 모범형’의 실현 .....	124
2. 행정의 사법형식성 요건의 도출 .....	127
3. 한스 켈젠의 ‘행정의 사법형식성’과의 비교 .....	128
4. 소결 .....	130
IV. 법치국가 사상의 방법론상 지위 .....	131
1. 법치국가 사상의 지도적 역할 .....	131
2. 법개념과 법제도 형성에 있어 법치국가 사상의 영향 .....	132
제4절 비교 및 평가 .....	135
I. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의 .....	135
1. 종합과학성의 양면성 .....	135
2. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 영향 .....	136
II. 오토 마이어 행정법학의 방법론적 의의 .....	141



1. 행정에 대한 ‘법학’으로서의 정체성과 독창성 .....	141
2. 행정에 대한 학문으로서의 방법론의 개방성 .....	143
III. 구체적 비교 - 재정법학을 중심으로 .....	146
1. 로렌츠 폰 슈타인의 재정법학 .....	146
2. 오토 마이어의 재정법학 .....	150
3. 비교 .....	153
IV. 결론 .....	154
제5장 우리나라에의 시사점 .....	156
제1절 행정법학과 인접 학문과의 관계 .....	156
I. 행정법학과 행정학의 관계에 대한 논의 .....	156
1. 미국 .....	156
2. 독일 .....	160
3. 우리나라 .....	166
II. 법학적 방법과 다른 사회과학방법론의 관계 .....	168
1. 행정법학과 사회과학의 방법론적 관계 .....	168
2. 행정법학 방법론의 개방과 확대 .....	171
3. 검토 .....	173
제2절 구체적 방법론의 모색 .....	177
I. 학제 연구 .....	177
1. 행정의 가치에 대한 연구 .....	177
2. 제도에 대한 연구 .....	184
II. 초학문·다학문 연구 .....	187
제6장 요약 및 결어 .....	189
제1절 요약 .....	189
I. ‘법학적 방법’ .....	189
II. 오토 마이어 행정법학의 대상과 체계 .....	189

III. 오토 마이어의 행정법학 방법론 .....	190
1. 행정법 ‘총론’ 완성 .....	191
2. 법학적 방법 .....	191
IV. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 대상과 방법 .....	191
V. 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의 ..	192
1. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의:	
종합과학성의 양면성 .....	192
2. 오토 마이어 행정법학의 방법론적 의의 .....	193
VI. 우리나라에의 시사점 .....	194
제2절 결어 .....	195
참고문헌 .....	200
Zusammenfassung .....	216



# 연구의 목적과 범위

## 제1절 연구의 목적

행정법학(Verwaltungsrechtswissenschaft)은 21세기의 급변하는 행정환경 속에서 ‘정체성의 위기’라는 거대한 도전에 직면해 있다.<sup>1)</sup> 행정법학의 위기를 가져온 행정환경의 변화는 과학기술의 발전에 따른 기술정보사회의 도래, 세계화의 확산, 사회구조의 복잡화, 그리고 이러한 환경변화에 따른 국가와 법의 기능 변화 등을 원인으로 하는 것으로 설명되고 있다.<sup>2)</sup>

행정법학의 위기에 대한 대응으로, 독일에서는 이른바 ‘신행정법학’(Neue Verwaltungsrechtswissenschaft)이라는 새로운 경향이 나타났다. 신행정법학은 독일의 슈미트-아스만(Schmidt-Aßmann), 호프만-림(Hoffmann-Riem), 안드레아스 포스쿠올레(Andreas Voßkuhle) 등에 의하여 주창된 것으로, 종래의 ‘법학적 방법’(juristische Methode)의 한계를 극복하기 위해 법 적용 중심의 ‘해석학’(Interpretationswissenschaft)으로부터 법 형성을 지향하는 ‘정책결정학’(Entscheidungswissenschaft)으로 법학의 강조점을 이동할 것을 주장하는 연구경향을 말한다.<sup>3)</sup> 신행정법학을 원용하지 않더라도, 그동안 우리나라에서도 행정법학의 방법론적 경직성과 형식성에 따른 문제점에 대한 인식을 바탕으로, 방법론에 대한 다양한 학문적 견해들이 주장되었는데 이를 몇 가지

---

1) 서원우, “행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제”, 행정법연구, 제7호(2001.9), 1면; 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 85면; Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S.1 등 참조.

2) 이원우, 전제논문, 86-96면 참조.

3) Andreas Voßkuhle, Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann Riem/Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, S.19. 신행정법학에 대한 국내 문헌으로는 김남진, “행정법의 종말론과 재생론”, 법연, 제46호(2015), 32-35면; 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 94면; 이원우, 전제논문, 100-102면; 정남철, 『현대행정의 작용형식』, 2016, 법문사, 3면 등 참조.

유형으로 분류하면 다음과 같다.

먼저, 행정법학의 방법론적 반성과 학제적 연구(interdisciplinary approach)를 통한, 방법론의 전환 및 확대를 해법으로 제시하는 견해가 주장되어 왔다. 예컨대,

“행정법학에 있어서도 전적으로 관련법규의 검토, 해석에 한정하는 경우에는 그에 따라 구성된 행정법이론은 실제행정과는 상당한 괴리를 노정할 위험이 적지 아니하다 할 것”<sup>4)</sup>

“법해석론에 정책적 관점을 수용하기 위해서는, 최근 우리나라에서도 비교적 활발한 연구가 일어나고 있는 ‘법현상에 대한 학제적 연구방법론’에 의지하지 않을 수 없을 것”<sup>5)</sup>

“행정법의 기능성에 대한 고려는 필연적으로 행정법 현상에 대한 학제적 관점을 요구하게 된다. 그러므로 행정법학은 행정법현상의 실체관계에 대한 사회과학적 연구 성과를 도외시할 수 없고, 오히려 그러한 성과의 토대 위에 기초하여야 할 것이며, 행정법학의 관심사는 미시적인 행위형식론에 그치지 아니하고 거시적인 행정과정 전반에 이르는 것이 되어야 할 것이다.”<sup>6)</sup>

“전통적 법학방법론을 넘어서 사실상태의 분석, 효과 및 결과분석, 학제적 연구(입법학, 경제학, 정치학, 심리학 등) 등 다양한 연구방법이 병행되어야 한다.”<sup>7)</sup>

요컨대, 위의 견해들은 행정법학의 연구의 대상과 방법을 법규의 해석에만 한정하지 않고, 다양한 학문분야의 연구 성과를 활용하는 학제적 연구의 방법론을 중시하는 입장이다. 이러한 입장에서 더 나아가 종래의 법해석학을

---

4) 김동희, “한국사회의 변화와 행정법학의 과제”, 서울대학교 法學, 제28권 제1호(1987), 79면.

5) 최송화, “법과 정책에 관한 연구”, 서울대학교 法學, 제26권 제4호(1985), 88면.

6) 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 4면.

7) 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 107면.

넘어서는 ‘제도 중심의 공법학’으로의 방법론의 전환을 제시하는 견해도 주장되고 있다. 예컨대,

“행정법학은 우선 재판규범이기에 앞서 행정에 대한 행위규범을 대상으로 해야 하며, 그 일환으로서 행정시스템설계의 법리가 그 자체 학문적으로 추구되어야 할 것”<sup>8)</sup>

“행정에 관한 정책결정이나 법제도 설계에 관련해서도 의지할만한 규범적인 판단기준을 제공할 만한 법이론 체계와 방법을 마련해야 할 것”<sup>9)</sup>

“공법학의 방법론은 소송에 의해 포착되는 행정작용과 소송으로 포착되기 어려운 객관적 제도 양자를 모두 연구대상으로 삼아야”<sup>10)</sup>

“행정법학이 국가의 제도를 연구하고, 행정작용법을 포함한 공공의 제도 전체를 포괄하는 학문분야로 인식되면 대법전 속에 존재하는 수많은 법률들이 새로운 생명이 부여될 것”<sup>11)</sup>

“문언주의적 해석을 넘어 제도적·목적론적 방법론이 채택되어야”<sup>12)</sup>

위와 같은 제도 중심의 공법학을 주장하는 견해는 행정법학의 관심을 공법적 제도의 설계와 형성 등 입법과 국가 전체적인 시스템 구축의 영역으로 확대하고자 하는 방향성을 가지고 있다. 한편, 종합적 행정과학으로서의 ‘법정책학’(法政策學: Rechtspolitologie)의 방향을 제시하는 견해도 주장되고 있다.<sup>13)</sup>

---

8) 서원우, “행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제”, 행정법연구, 제7호(2001.9), 8면.

9) 서원우, 전제논문, 2면.

10) 김중보, “행정법학의 개념과 그 외연 - 제도 중심의 공법학방법론을 위한 시론”, 행정법연구, 제21호(2008.8), 11면.

11) 김중보, 전제논문, 18면.

12) 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 107면.

13) ‘법정책학’의 개념에 대한 설명은 홍준형, 『법정책의 이론과 실제』, 2008, 법문사, 4-8면 참조.

“전통적 법학이 고수해 온 방법론적 결벽성은 결국 법학진영에서의 정책연구를 방치함으로써 법학의 자기영역축소라는 결과를 초래했다는 점에서 근본적으로 반성되지 않으면 안 된다.”<sup>14)</sup>

“전통적 행정법학의 주류적 법해석방법론의 질적 제고를 도모하는 한편으로, 현대 행정현상의 특징 중의 하나라고 할 수 있는 각종 정책의 입안·형성과 행정관련 법제도에 대하여 적극적으로 대응할 수 있는 정책 중시적 연구방법론을 모색하여야 할 것”<sup>15)</sup>

독자적 학문으로서의 행정법학은 ‘국가’와 국가의 ‘행정’을 대상으로 하는 법학이므로, 학문의 대상인 국가와 행정이 변화하게 되면 그에 따라 학문의 방법도 변화할 수밖에 없을 것이다. 또한 국가와 행정, 그리고 국민과의 관계 사이에서 국가와 행정이 담당하는 임무와 역할도 시대에 따라 변화하고 있으므로, 그러한 임무와 역할에 부합하는 방법론도 끊임없이 연구되어야 할 것이다.

“모든 시기마다 새로운 견해가 종래의 견해와 비교되면서 공권력의 국민에 대한, 그리고 법에 대한 지위를 결정해왔다. 공적 임무에 대한 시각은 계속하여 변화하고 있다는 점을 반드시 명심하여야 한다.”<sup>16)</sup>

본 연구는 앞에서 제시된 행정법학의 방법론적 변화와 확대에 대한 우리나라의 여러 견해들과 기본적인 방향을 같이하면서, 다른 한편으로는 ‘법학’으로서의 행정법학의 ‘독자성’과 ‘정체성’이라는 기준을 가지고, 행정법학의 ‘방법론’의 문제를 살펴보고자 한다. 학문의 정체성(Identität)은 연구대상과 연구방법의 독자성에 달려있다.<sup>17)</sup> 행정법학은 국가를 연구대상으로 한다는

14) 홍준형, 『법정책의 이론과 실제』, 2008, 법문사, 13면.

15) 문상덕, “현대의 행정 변화와 행정법학 방법론 연구 - 전통적 행정법학의 방법론 분석과 그 보완을 위한 시론”, 행정법연구, 제14호(2005), 129면.

16) Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.42.

17) Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012,

점에서, 종래의 국가학, 행정학, 재정학, 정치학, 헌법학 등과, 행정을 연구대상으로 한다는 점에서 행정학과 연구대상에 공통점이 있다.<sup>18)</sup> 한편, 우리의 행정법학은 독일에서 형성된 ‘법학적 방법’(juristische Methode)을 기본적인 연구방법으로 하고 있다는 점에서 법학의 다른 분과학문들, 특히 ‘법학적 방법’을 형성한 민사법학과 방법론을 공유하고 있다. 그래서 행정법학은 ‘행정’에 대한 학문이라는 특성과 행정에 대한 ‘법학’이라는 특성 사이에 놓여 있다고 할 수 있다.

본 연구는, 앞에서 살펴본 행정법학 위기의 극복을 위한 여러 견해들을 근거로 하여, 앞으로 독자적 학문으로서 우리 행정법학이 나아가야 할 방법론적 방향을 모색하기 위한 시작으로, 먼저 우리 행정법학에 큰 영향을 미친 독일 행정법학의 창시자로 평가받는 오토 마이어의 행정법학 방법론을 살펴 보려 한다. 우리의 행정법학은 19세기 독일에서 형성된 그것을 기반으로 하고 있다. 그래서 독일의 행정법학과 그 시작점이라고 할 수 있는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’을 연구하는 것은 우리의 행정법학의 근원을 연구하는 것을 의미한다고 할 수 있을 것이다.<sup>19)</sup>

종래 우리나라에서는 오토 마이어에 대한 연구가 활발하게 이루어졌다고 할 수 있다. 대표적인 연구로는 박정훈, 김성수, 임현, 최계영의 연구 등이

#### S.1 참조.

18) 행정법학과 행정학은 연구의 대상만 동일할 뿐, 연구의 방법과 방향성에 있어서는 전혀 다른 학문영역에 해당함은 물론이다. “행정법학과 행정학은 행정현상을 연구하는 학문이지만 연구의 방법뿐만 아니라 연구의 대상도 다르다.”는 견해로 박균성, 『행정법론(상)』, 2017, 박영사, 11면 참조. 여기에서는 행정법학은 행정의 ‘당위’(Sollen)를 대상으로 하는데 반하여 행정학은 행정의 ‘사실적 존재’(Sein)를 대상으로 한다는 점에서 연구의 대상에 차이가 있다는 점을 지적한다.

19) 일본의 이시카와 도시유키(石川敏行)는 오토 마이어의 법학적 방법이 오늘날에도 여전히 일본의 행정법을 지배하고 있으므로 독일의 행정법학의 역사를 연구하는 것은 일본의 학자들에게 일본 자신의 행정법학의 근원을 연구하는 것을 의미한다고 하였는데, 이러한 분석은 우리나라의 행정법학에도 마찬가지로 적용될 수 있을 것으로 본다. 이에 대하여는 Toshiyuki Ishikawa, Friedrich Franz von Mayer, 1992, S.226 참조.



있다.<sup>20)</sup> 박정훈의 연구<sup>21)</sup>는 오토 마이어의 인생역정, 사상적 배경, 학문적 성과를 총망라하는 종합적인 연구로, 오토 마이어의 생애 전반을 정리하고, 사상적 배경으로 국가, 법치국가, 정치, 종교, 법학에 대하여 설명하면서 그의 학문적 성과를 정리하고 이를 평가하는 것을 내용으로 한다. 동 연구는 오토 마이어에 대한 종래의 논의를 총정리하고, 그에 대한 당대와 후대의 평가를 소개하면서 오토 마이어의 행정법학이 우리나라에 갖는 시사점과 영향을 평가하고 우리 행정법학의 나아갈 방향을 제시하였다는 점에서 큰 의의가 있다. 다음으로, 김성수의 연구<sup>22)</sup>는 오토 마이어의 대표 저작인 『독일행정법』(Deutsches Verwaltungsrecht)의 체계와 내용을 소개하고, 동 저작의 출간을 전후한 독일에서의 논쟁을 소개하면서, 오토 마이어가 행정법 이론체계에 미친 영향을 정리하고, 우리나라의 입장에서 오토 마이어를 어떻게 받아들이는 것인가에 대하여 평가하는 것을 주된 내용으로 하고 있다. 동 연구는 오토 마이어의 행정법학의 한계로 제시되어 온 내용들을 정리하면서 새로운 방법론의 필요성을 제안하였다는 점에서 큰 의미가 있다. 임현의 연구<sup>23)</sup>는 오토 마이어의 『독일행정법』을 총론뿐만 아니라 각론 전 분야에 걸쳐 모두 소개하고 있으며, 오토 마이어의 행정법학 전반에 대하여 오토 마이어의 저작을 기초로 하여 종래의 독일과 일본에서의 논의를 총정리한 점에서 큰 의미가 있다. 최계영의 연구<sup>24)</sup>는 오토 마이어의 행정법학의 핵심이라고 할 수 있는 행정행위 이론에 초점을 맞추어, 행정행위 개념의 정립 과정, 행정

20) 그 외에도 여러 선행연구들이 있으나, 여기에서는 오토 마이어의 행정법학을 그 직접적인 연구의 대상으로 하고 있는 연구로 한정하였다. 검토의 순서는 연구논문, 학위논문의 순서로, 발행일을 기준으로 하였다.

21) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정관례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 1-48면; 박정훈, “오토 마이어(1846-1924)의 삶과 학문”, 행정법연구, 제18호(2007.8), 199-230면.

22) 김성수, “오토 마이어- 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가”, 공법연구, 제45집 제2호(2016.12), 232-255면.

23) 임현, 『오토 마이어 행정법학의 현대적 해석』, 1998, 고려대학교 석사학위논문.

24) 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문.

행위의 기능과 효력 등을 정리하고 오토 마이어 이후의 행정행위 이론의 발전과정을 소개하였다는 점에서 큰 의미가 있다.

본 연구는 이러한 선행연구들을 기초로 하면서, 오토 마이어의 행정법학 중에서 특히 ‘방법론’에 중점을 두어 살펴보려 한다. 오토 마이어 당시 독자적 학문으로서의 행정법학을 성립하도록 한 그의 행정법학의 방법론적 특징을 당시의 주류적 방법론이라고 할 수 있는 로렌츠 폰 슈타인의 방법론과 비교하여 살펴보고, 오늘날의 행정법학의 위기라 불리는 상황에서 오토 마이어의 방법론이 갖는 의미를 찾아보고자 하는 것에 연구의 목적을 두고 있다. 나아가, 오토 마이어의 행정법학 방법론이 오늘날 우리 행정법에서 갖는 의의와 시사점을 토대로, 행정법학과 다른 학문들과의 연계와 협력을 통한 우리 행정법학의 확장 가능성을 살펴보고, 그 구체적인 방법론을 모색해 보는 것에 본 연구의 목적이 있다.

## 제2절 연구의 범위와 방법

### I. 연구의 범위

모든 학문은 그 학문에 대하여 제기된 질문에 답을 할 수 있는 특정한 ‘방법’을 이용한다.<sup>25)</sup> ‘방법’(Methode)이란 단어는 일반적으로 ‘길’(Weg) 또는 ‘길을 뒤따라’(hinter dem Weg)라는 의미를 갖는 것으로 설명된다.<sup>26)</sup> 어떠한 학문 분야에 있어서 ‘방법’은 그 학문에 있어서의 길을 의미하고, 이는 특정한 목표에 도달하기 위한 절차 즉, 그 학문의 연구대상을 정확하게 인식하기 위한 방법을 의미하는 것이다.<sup>27)</sup> 이러한 방법론은 문제를 포착하고 그

<sup>25)</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S.7 참조.

<sup>26)</sup> 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호 (2015.12), 163면; Jan Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl., 2012, S.1 등 참조.

에 대한 해결방안을 모색하는 것에 본질이 있는 것이다.<sup>28)</sup>

어떠한 학문의 연구대상과 연구방법의 독자성이 그 학문의 정체성을 결정한다고 할 수 있다.<sup>29)</sup> 어떠한 학문에 있어서 연구의 방법은 그 학문의 도구에 해당하는 것이고<sup>30)</sup>, 독자적인 방법이 존재하는지 여부가 그 학문 분과의 독자성과 정체성을 좌우하게 되는 것이다.<sup>31)</sup> 독자적 학문은 그 “대상을 그 원리들에서 방법적으로 인식하는 것”이라고 정의할 때 학문성의 기준은 대상, 방법, 인식 등이 되는데, 그 중 학문의 ‘대상’은 가변적일 수 있고 다른 학문분과의 연구대상과 중첩될 수도 있으므로 결국 학문의 독자성을 판단하기 위한 가장 중요한 기준은 그 학문의 ‘방법’이 된다.<sup>32)</sup> 결국 학문의 정체성의 문제는 방법론의 문제로 귀결되는 것이라 할 수 있다.<sup>33)</sup>

법학에 있어서도 법학의 정체성의 문제는 방법론의 문제가 된다. 법학은 “소재의 학문이 아니라 방법론의 학문”<sup>34)</sup>이고, 법학의 학문성은 일차적으로 ‘방법론’에 있다.<sup>35)</sup> 독자적 학문인 법학은 법학에 특유한 ‘방법’을 필요로 하고<sup>36)</sup>, 법학에 특유한 방법인 ‘법학적 방법론’(juristische Methodenlehre)은 독자적 학문인 법학에 특유한 방법론으로 법학의 문제를 해결하기 위한 도구

---

27) Jan Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl., 2012, S.1 참조.

28) 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 59면 참조.

29) Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.1 참조.

30) Franz Bydlinzky, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl., 2012, S.17 참조.

31) 학문의 기본속성을 연구목적, 연구대상 및 그에 적합한 방법론으로 보는 견해로 정정길, 『정책학원론』, 2000, 대명출판사, 13면 참조.

32) 심헌섭, “법학의 학문성”, 한국법철학회(이계일 역임), 『법학방법론』, 2017, 세창출판사, 17-18면 참조. 여기에서는 아리스토텔레스의 『니코마스 윤리학』에서 제시된 학문적 인식의 기준을 논거로 하여 위와 같은 학문성 인정의 기준을 제시한다.

33) 박정훈, 전게서, 61면 참조. 여기에서는 “학문적 정체성이 위협받는 경우에는 방법론적 성찰이 가장 필요하다.”고 한다.

34) 박정훈, 전게서, 59면.

35) 박정훈, 전게서, 60면 참조.

36) Franz Bydlinzky, a.a.O., S.17 참조.

가 된다.<sup>37)</sup> 이것은 독자적 학문인 행정법학의 경우에도 마찬가지이다.

그래서 본 연구는 오토 마이어의 행정법학의 ‘방법론’을 주된 연구의 대상으로 한다. 그리고 오토 마이어의 행정법학 방법론 중에서도 ‘법학적 방법’(juristische Methode)을 중심으로 살펴본다. 오토 마이어의 행정법학의 ‘방법론’을, 그 중에서도 ‘법학적 방법’을 주된 연구의 대상으로 삼으면서, 오토 마이어 당시의 행정법학에 있어서 주류적인 방법론이었다고 할 수 있는 ‘국가학적 방법’(staatswissenschaftliche Methode)을 대표하는 로렌츠 폰 슈타인(Lorenz von Stein)의 방법론을 그 비교의 대상으로 삼는다.

한편, 독자적 학문의 방법론은 구체적인 ‘방법’의 문제와 함께 그 인식의 ‘대상’을 중요한 요소로 하므로, 먼저 제2장에서는 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인의 행정법학의 인식대상인 ‘국가’와 ‘행정’에 대하여 살펴본다. 국가와 행정은 국가학과 행정법학의 공통의 연구대상이다. 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어는 모두 헤겔의 국가철학으로부터 영향을 받은 것으로 평가받고 있는데, 이러한 사상적 공통성이 국가와 행정에 대한 인식으로 어떻게 이어지고 있는지, 두 사람 사이의 공통점과 차이점은 무엇인지를 살펴본다.

제3장에서는 ‘행정법’과 ‘행정법학’에 대한 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 견해에 대하여 살펴본다. 인식대상인 국가와 행정에 대한 관점에 기초하여 ‘행정에 대한 법’인 행정법과 그 행정법의 학문인 행정법학에 대한 두 사람의 관점을 살펴본다. 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 관점의 차이는 곧 국가학과 행정법학의 차이로 이어지게 되므로 그 중요성이 크다고 할 것이다. 그리고 오토 마이어의 독자적 학문으로서의 행정법학에 대한 인식은 인접 학문인 국법학과 민사법학과의 관계 속에서 더욱 의미를 갖는 것이기 때문에, 이러한 학문들과의 관계가 중요한 연구대상이 된다.

제4장에서는 구체적인 방법론으로, 로렌츠 폰 슈타인의 ‘국가학적 방법’과 오토 마이어의 ‘법학적 방법’에 대하여 살펴본다. 로렌츠 폰 슈타인은 ‘국가학적 방법’을 대표하는 학자 중 한 사람이고, 오토 마이어는 프리드리히 칼

---

37) 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호 (2015.12), 164면 참조.

폰 사비니(Friedrich Carl von Savigny; 이하 ‘사비니’)로부터 시작되어 게오르크 프리드리히 푸흐타(Georg Friedrich Puchta; 이하 ‘푸흐타’), 칼 프리드리히 폰 게르버(Carl Friedrich von Gerber; 이하 ‘게르버’), 루돌프 폰 예링(Rudolf von Jhering; 이하 ‘예링’) 등을 거치면서 완성된 독일 민사법학의 ‘법학적 방법’을 행정법학에 수용한 학자이다. 오토 마이어는 19세기 후반 독일의 행정법학에서 로렌츠 폰 슈타인을 통하여 전성기를 누리고 있던 ‘국가학적 방법’을 ‘개념’과 ‘체계’ 중심의 ‘법학적 방법’으로 대체한 것으로 평가받고 있는데<sup>38)</sup>, 당시의 국가학적 방법을 대표하는 로렌츠 폰 슈타인의 방법론과 오토 마이어의 방법론을 비교하여 살펴봄으로써, 국가학적 방법과 그에 대응하는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 특징, 그리고 행정법학의 독자적 성격의 근원을 찾아볼 수 있을 것이다. 제3절에서는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 핵심적 지도원리인 ‘법치국가’(Rechtsstaat) 사상에 대하여 살펴보고, 제4절에서는 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인의 방법론의 구체적 비교를 위하여 재정권(Finanzgewalt)에 대한 두 방법론의 설명을 비교·검토한다. 이러한 비교를 통하여, 현재의 행정법학의 위기를 극복하기 위한 방법론적인 대안, 즉, 방법론의 확대의 문제, 다른 학문들과의 양립 가능성 문제, 그리고 행정법학의 정체성 문제에 대한 시사점을 검토해 본다.

제5장에서는 오토 마이어 행정법학의 방법론적 시사점을 바탕으로, 우리의 행정법학의 구체적인 방법론을 모색해 본다. 이를 위해 종래 우리나라에서 논의되어 온 행정법학 방법론에 대한 논의를 살펴보고, 독일에서 최근 주장되고 있는 신행정법학의 논의를 방법론적 측면에서 살펴본다. 그리고 행정법학과 다른 사회과학과의 관계에 대한 관계 정립을 포함한 구체적인 방법론의 방향을 살펴본다.

이러한 연구의 기초가 되는 사항으로, 제1장에서는 독일 행정법학의 성립 과정을 역사적으로 개관해 보고, ‘법학적 방법’의 형성 과정을 살펴본 후, 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인의 생애와 그들의 사상의 공통분모라 할 수 있는 게오르크 헤겔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel; 이하 ‘헤겔’)의 국가사

<sup>38)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.19 참조.

상을 살펴본다.

## II. 연구의 방법

연구의 방법과 관련하여, 본 연구에서는 오토 마이어의 『독일행정법』(Deutsches Verwaltungsrecht) 제3판(1925)을 문헌 연구의 주된 대상으로 하면서, 『독일행정법』 제1판(1895)과 『프랑스행정법의 이론』(Theorie des Französischen Verwaltungsrechts) 제1판(1886)을 보조적인 대상으로 한다. 그리고 보조적 연구대상인 『독일행정법』 제1판에서는 다음의 부분을 주로 연구의 대상으로 한다. 먼저 오토 마이어의 행정법학에 대한 초기 인식에 대한 이해를 위하여 서문(Vorwort)을 살펴보고, 다음으로 국가학과 로렌츠 폰 슈타인의 연구에 대한 오토 마이어의 인식을 이해하기 위해서 제2장을 살펴본다. 오토 마이어의 『독일행정법』 제3판에서는 로렌츠 폰 슈타인과 국가학적 방법론에 대한 비판 부분이 상당 부분 삭제되었기 때문에 제1판을 연구할 필요가 있다고 할 수 있다. 그리고 법치국가론에 대한 오토 마이어의 초기 인식의 이해를 위해 제5장을 연구한다. 다음으로, 보조적 연구대상인 『프랑스행정법의 이론』은 ‘권력분립’을 다룬 제1장을 살펴보고, 민사법학과 비교하여 행정법학의 임무를 다룬 제4장을 연구한다.<sup>39)</sup>

로렌츠 폰 슈타인에 대하여는 1870년에 발간된 그의 『행정학과 행정법 편람』(Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts)을 주된 연구대상으로 한다. 로렌츠 폰 슈타인의 저서 중에서는 총 8권으로 구성된 『행정학』(Die Verwaltungslehre)이 대표적인 저작이라고 할 수 있으나, 본 연구에서는 ‘행정법’에 대한 그의 인식을 주된 연구의 대상으로 하므로 연구

---

39) 오토 마이어의 저작 외에, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 대한 이해를 위하여 2차 문헌을 연구대상으로 하는데, 특히 Alfons Hueber, Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982; Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999; Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981 등을 주된 연구대상으로 한다.

의 목적상 『행정학과 행정법 편람』을 주된 연구의 대상으로 한다.<sup>40)</sup>

그리고 예비적 연구에 해당하는 ‘법학적 방법’의 형성과 전개과정에 대한 연구에 있어서는 Dieter Grimm의 *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*<sup>41)</sup>, Michael Stolleis의 *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*<sup>42)</sup>, 그리고 Walter Wilhelm의 *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*<sup>43)</sup>을 주된 연구대상으로 한다.

### 제3절 용어의 정의

‘방법론’이라는 용어의 개념에 대하여는 다양한 차원의 논의가 있을 수 있다. 예를 들어, 대표적인 방법론 연구자라 할 수 있는 칼 라렌츠(Karl Larenz)는 모든 학문은 자신에게 제기된 질문에 답하기 위하여 특정한 ‘방법’을 이용한다고 전제한 후, 법학(Rechtswissenschaft)이 이용하는 방법은 무엇인지 질문한다. 그리고 자신이 말하는 법학은 바로 ‘실정법학’(Jurisprudenz)을 의미한다고 설명하면서, 법학에 사용되는 방법론을 ‘법학적 방법론’(juristische Methodenlehre)이라고 한다.<sup>44)</sup> 법학방법론에 대한 연구자인 프란츠 비드린스키 역시 ‘법도그마틱’(Rechtsdogmatik)의 방법론을 의미하는 고

---

40) 로렌츠 폰 슈타인에 대한 연구의 주된 대상은 Lorenz von Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts*, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010)이다. 그밖에 로렌츠 폰 슈타인의 다른 저서의 내용을 소개하는 경우에는 주로 Jay M. Shafritz, *International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, 1998을 참고하였다.

41) Dieter Grimm, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012.

42) Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band II, 1992.

43) Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 2. Aufl., 2003.

44) Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S.7-9 참조.

유한 실정법학의 방법론을 자신의 ‘법학적 방법론’(juristische Methodenlehre)으로 정의한다.<sup>45)</sup>

‘법학적 방법론’은 법에 대한 연구로서, 실정법의 해석과 적용을 주로 다루는 방법론을 의미한다.<sup>46)</sup> 이것은 법사학·법사회학·법철학·법정책 등과는 다른 것으로, 일반적으로 실정 법률을 통하여 실정 법률을 이해하는 것을 목적으로 하는 방법론으로 설명된다.<sup>47)</sup> ‘법학적 방법론’은 실정 법률의 완전한 해석을 목표로 하고<sup>48)</sup>, 특정 사안에 대하여는 특정 사안에서 실제로 적용 가능한 법률을 결정하는 것을 목표로 한다.<sup>49)</sup> 더 나아가, ‘법학적 방법론’은 법공동체와 그 구성원들에게 법적 문제에 대한 방향을 제시하는 실질적인 역할도 수행하여야 할 것을 요구받는다.<sup>50)</sup> 한편, 보다 넓은 의미로 ‘학문으로서의 법학’(Rechtswissenschaft)에 대한 방법론을 ‘법학방법론’(rechtswissenschaftliche Methodenlehre)으로 부를 수 있다. 이는 그 연구의 대상을 실정법과 도그마틱에 한정짓지 않고, 법의 이념과 역사, 그리고 정치·사회적 현상으로까지 확대하는 것을 의미하는 것이다.<sup>51)</sup>

본 연구에서는 학문으로서의 법학에 대한 방법론은 ‘법학방법론’(rechtswissenschaftliche Methodenlehre), 실정법학의 방법론은 ‘법학적 방법론’(juristische Methodenlehre)으로 부르고, 역사적으로 사비니에서부터 시작하여 오토 마이어를 통하여 행정법학에 도입된 방법론에 대하여는 ‘법학적 방법’(juristische Methode)으로 부르기로 한다.

---

45) Franz Bydlinsky, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl., 2012, S.17 참조.

46) Christian Bumke, Rechtsdogmatik, 2017, S.113; Franz Bydlinsky, a.a.O., S.17 등 참조.

47) Franz Bydlinsky, a.a.O., S.17 참조.

48) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S.65 참조.

49) Jan Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl., 2012, S.1 참조.

50) Franz Bydlinsky, a.a.O., S.17 참조.

51) 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호 (2015.12), 164면 참조. 여기에서는 ‘(실정)법학적 방법’을 “실정법의 인식”을 직접적인 대상으로 하는 ‘Jurisprudenz’(실정법학)을 의미하는 것으로 정의하면서, 학문으로서의 법학과 대비하여 설명한다.



## 제1장 예비적 고찰

본 장에서는 오토 마이어의 행정법학 방법론과 로렌츠 폰 슈타인의 방법론의 비교 연구를 위하여, 먼저 독일 행정법학의 성립과정을 역사적으로 개관하고, 오토 마이어의 방법론의 핵심이라고 할 수 있는 ‘법학적 방법’(juristische Methode)의 형성 과정과 그 핵심적인 내용을 살펴본다. 그리고 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 생애를 개관하고, 그들의 사상에 있어 공통분모라고 할 수 있는 헤겔의 국가사상에 대하여 살펴본다.

### 제1절 독일 행정법학의 성립

독일의 행정법학은 플리츠 플라이너에 따르면, “19세기 후반에 역사, 정치, 국가재정 등이 뒤섞여 있는 혼합된 학문으로부터 성장하여 민사법학과 동등한 엄격한 법학적 방법론에 따르는 법학의 학문분야의 지위에 오르게 된 학문”<sup>52)</sup>으로 평가되고 있다. 독일 행정법학의 성립과정을 17-18세기의 ‘권위주의적 절대국가 시대’와 그 이후의 ‘법치국가 시대’로 나누어 살펴본다.<sup>53)</sup>

#### I. 권위주의적 절대국가 시대

##### 1. 근세 사법국가 시대

---

<sup>52)</sup> Fritz Fleiner, Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906, S.8.; zitiert nach Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., 1913, S.26.

<sup>53)</sup> 이러한 시대 구분은 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 『독일연방공화국 60년』, 2009, 도서출판 오름, 206-212면의 체계를 참고한 것이다.

17세기의 독일은 ‘제후 고권’(landesherrliche Hoheitsrecht)의 시대이다.<sup>54)</sup> 오토 마이어는 이 시기에 대하여, “오늘날 우리가 행정이라고 부르는 것은 그 역사적 시작점을 구 독일제국이 아니라 개별 제후의 영토(Territorium)에 두고 있다.”<sup>55)</sup>고 설명한다. 당시에는 입법권, 사법권, 행정권이 분리되지 않고 모두 제후의 고권에 속해 있었다.<sup>56)</sup>

당시의 법질서를 살펴보면, 개인들 사이의 관계에 대한 질서로 로마법이 받아들여졌는데, 로마법은 국가와 신민 사이의 관계에 대한 질서는 아니었지만<sup>57)</sup>, 행정법은 민사법의 모범에 따라 형성되었다.<sup>58)</sup> 그래서 제후의 고권 행사도 민사법상의 권리와 동일하게 취급되어, 제후와 신민 사이의 법질서는 민사법과 같이 권리와 ‘반대권리’(Gegenrecht)의 대결로 나타났다.<sup>59)</sup> 그러한 법질서에 대한 통제는 일반 재판소인 신성로마제국 제국재판소<sup>60)</sup>에서 담당하였는데, 이러한 의미에서 당시의 독일은 ‘사법국가’ 체제에 해당하는 것으로 설명된다.<sup>61)</sup>

54) 1512년 ‘독일 국민의 신성로마제국’이라는 국호를 정식으로 사용한 이래, 신성로마제국이라는 이름 아래 있었던 독일은 1616년부터 1648년까지 ‘30년 전쟁’을 거치고 1648년 베스트팔렌 조약을 통하여 이른바 ‘삼백제후’들이 모두 각자의 주권을 확립하게 됨으로써, 신성로마제국은 사실상 해체되고 각 제후국들이 주권을 갖는 시대를 맞게 되었다. 17세기 독일의 상황에 대한 설명은 조좌호, 『세계문화사』, 1994, 박영사, 374면 이하; 기구치 요시오(이경덕 역), 『결코 사라지지 않는 로마, 신성로마제국』, 2016, 다룬세상, 223-230면; 하겐 술체(반성완 역), 『새로 쓴 독일역사』, 2014, 지와 사랑, 81면 이하 각 참조.

55) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.26.

56) 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 『독일연방공화국 60년』, 2009, 도서출판 오름, 207면 참조.

57) Otto Mayer, a.a.O., S.26 참조.

58) Ebenda, S.29 참조.

59) Ebenda, S.29 참조.

60) 당시 신성로마제국의 독일황제는 고대 로마황제의 후계자로 인식되었으므로, 로마법은 독일황제의 법이면서 동시에 독일법이 되어 독일에 일반적으로 적용될 수 있는 것으로 인식되었다고 한다. 현승중/조규창, 『게르만법』, 2001, 박영사, 79-80면 참조.

61) 이원우, 전제논문, 207면 참조. 여기에서는 제후의 고권은 공익을 위해서만

## 2. 경찰국가 시대

### (1) 시대적 특징

18세기의 독일은 ‘경찰국가’(Polizeistaat)의 시대이다.<sup>62)</sup> 이 시기의 독일에서는 ‘행정국가화’가 진행되었고 공법학은 주로 ‘경찰’ 개념을 중심으로 하는 권위주의적 성격을 가지고 있었다.<sup>63)</sup> 이 시기에는 공법(公法)과 사법(私法)의 구별이 확립되었고, ‘국고’(Fiskus) 관념이 형성되었다.<sup>64)</sup>

### (2) 학문적 경향: 관방학 · 관방법

경찰국가 시대에는 ‘관방학’(Policywissenschaft)이라 불리는 학문이 국가를 대상으로 하는 학문의 중심이었다. 관방학은 ‘행복촉진주의적 복지국가관’이라는 국가이념을 가지고, 관료의 양성과 국가재정의 확보라는 목적을 가지고 성립된 것으로, 공공의 안전뿐만 아니라 보건, 교육, 복지 등 국가가 담당하는 기술적인 활동의 모든 영역을 포괄하는 학문이었다.<sup>65)</sup>

---

부여되는 것이어서, 제후가 고권을 남용하는 경우 신성로마제국 제국재판소에 의해 손해배상책임을 지게 되거나 벌금형을 받았다고 설명한다.

62) 당시 독일에서는 브란덴부르크-프로이센의 선제후(選帝侯)인 프리드리히 3세가 1701년 ‘프로이센의 왕’으로 대관식을 갖고 ‘프리드리히 1세’ 왕으로 즉위하여 베를린을 수도로 하는 프로이센 왕국이 탄생하게 되었다. 이에 대한 설명으로는 조좌호, 『세계문화사』, 1994, 박영사, 376면 참조.

63) 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 『독일연방공화국 60년』, 2009, 도서출판 오름, 207-208면 참조. 여기에서는 ‘경찰국가’는 부정적 측면에서 “질서유지를 위해 진압적 권력이 과도하게 사용되는 국가”라는 의미와, 긍정적 측면에서 “질서정연한 공동체의 상태를 달성하기 위한 적극적인 복리작용을 수행하는 적극적 국가”라는 의미를 함께 갖는데, 이 중에서 후자의 의미로 주로 사용되는 것으로 설명한다.

64) 이원우, 전제논문, 208-209면 참조. ‘국고’ 관념에 대하여는 박훈민, 『독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구 - 국가사인설의 이론사적 고찰을 중심으로』, 2014, 서울대학교 박사학위논문 참조.

관방학은 프로이센의 프리드리히 빌헬름 1세<sup>66)</sup>가 각 대학에 ‘관방학 강좌’를 설치한 1727년을 기준으로 하여 두 단계로 구분되는데<sup>67)</sup>, 전기 관방학은 관방학과 재정학, 경제정책, 경찰학 등의 다른 학문들이 서로 명확하게 구분되지 않은 채 혼합된 형태였음에 반하여, 후기 관방학은 ‘국가재산’(國家財産; Staatsvermögen)을 중시하여 그것을 창설하고 유지하는 것과 유효하게 사용하는 것을 목적으로 하는 독립적인 학문의 성격을 갖는 것이었다.<sup>68)</sup> 이 시기의 학문의 역할은 “관방(Policey)의 보호(Fürsorge)가 확대되는 대상과 국가의 개입을 정당화하는 사유를 정리하는 것”<sup>69)</sup>이었다. 이 시기의 행정은 행정학 또는 재정학의 대상이 되거나 국민경제정책의 문제로 다루어졌다.<sup>70)</sup> 포르스트호프는 이러한 경찰국가 시대의 행정은 체계적인 법학의 대상이 될 수 없다고 하고, 이 시기의 관방학과 경찰학은 근대적인 법학이 아니라고 평가한다.<sup>71)</sup>

## II. 법치국가 시대

### 1. 시대적 특징

65) 유훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사, 51면; Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, P.2137 등 참조.

66) 프리드리히 빌헬름 1세는 프로이센 왕국의 왕으로, 1713년부터 1740년까지 재위하였다. 그는 프로이센의 ‘절대주의’와 ‘군국주의’의 확립자로 알려져 있다. 그는 중상주의정책을 시행하여 국가재정을 확립하였고, 군사력 강화에 주력하였다. 그의 아들은 ‘프리드리히 대왕’으로 알려져 있는 프리드리히 2세(1740-1786년 재위)이다. 프리드리히 빌헬름 1세에 대한 설명으로는 조좌호, 『세계문화사』, 1994, 박영사, 376면 참조.

67) Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.244 참조.

68) 유훈, 전거서, 52-53면 참조. 관방학의 시대적 구분에 대한 설명은 김운태, 『행정학원론』, 1985, 박영사, 22면; 유훈, 전거서, 51-53면 등 참조.

69) Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.42.

70) 홍정선, 『행정법원리: 독일의 이론과 실제』, 1990, 박영사, 52면 참조.

71) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., 1958, S.40 참조.

19세기 유럽은 프랑스 대혁명<sup>72)</sup> 이후의 ‘자유주의’ 시대였다. 독일<sup>73)</sup>에서는 이 시기에 자유주의의 영향으로 법치국가 사상이 성장하고 법률유보원칙이 확립되었으며, 경찰국가적인 공법 질서 속에서 ‘제1차 탈경찰화’(Entpolizeilichung)<sup>74)</sup>가 진행되어, ‘자유주의적 경찰개념’이 확립되었다.<sup>75)</sup>

## 2. 학문적 경향

독일의 행정법학이 “역사, 정치, 국가재정 등이 뒤섞여 있는 혼합된 학문

- 
- 72) 프랑스 대혁명은 독일의 지식인들에게도 큰 영향을 미쳤다. 예를 들어, 독일의 대표적인 철학자인 임마누엘 칸트는 프랑스 대혁명에 대하여, “이 혁명은 이를 구경하고 있는 모든 사람의 마음속에 참가하고 싶다는 욕망을 불러일으키고 있고, 그러한 욕망은 거의 열광에 가까운 것이다.”라고 평가하였다. 이에 대한 설명은 하겐 술체(반성완 역), 『새로 쓴 독일역사』, 2014, 지와사랑, 106면 참조.
- 73) 나폴레옹전쟁 이후 1806년 신성로마제국이 공식적으로 해체되고, 독일 지역에는 38개 국가와 도시국가들의 느슨한 연합체인 ‘도이치 연방’(der Deutsche Bund)이 등장하였는데, 두 강대국인 오스트리아와 프로이센이 강력한 영향력을 행사하였다. 원래 프로이센은 1815년 빈(Wien) 회의 이전까지는 도이치와 폴란드의 두 민족 국가였다가 1815년에 도이칠란트에 편입되었고, 이때부터 독일 지역에 강한 영향력을 행사하기 시작하였다. 이에 대하여는 제바스티안 하프너(안인희 역), 『비스마르크에서 히틀러까지 - 독일제국의 몰락』, 2016, 돌베개, 23-32면 참조. 19세기 독일 역사의 중요한 사건으로는 1848년 3월 혁명, 1861년 빌헬름 1세 즉위, 1867년 북도이치연방 결성, 1871년 독일제국의 성립 등이 있다. 이에 대하여는 조좌호, 『세계문화사』, 1994, 박영사, 469-478면 참조.
- 74) 독일에서는 모두 세 차례에 걸친 ‘탈경찰화’가 진행되었는데, ‘제1차 탈경찰화’는 18세기에 진행된 경찰 개념에서 복리증진이 탈락되는 과정을, ‘2차 탈경찰화’는 제2차 세계대전 이후에 진행된 위험방지 영역의 분리에 따른 탈경찰화를, 그리고 ‘제3차 탈경찰화’는 ‘위험방지의 민영화’(Privatisierung der Gefahrenabwehr) 경향을 의미한다. 독일에서의 세 차례에 걸친 탈경찰화 과정에 대하여는 Franz-Ludwig Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, S.3-17 참조.
- 75) 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 『독일연방공화국 60년』, 2009, 도서출판 오름, 210-211면 참조.

으로부터 성장하여 민사법학과 동등한 엄격한 법학적 방법론에 따르는 법학의 학문분야의 지위에 오르게 되었다.”<sup>76)</sup>라는 플리츠 플라이너의 평가는 19세기의 학문의 역사적 과정을 ‘행정법학의 점진적인 등장’과 ‘국가학적인 경찰학으로부터의 학문적인 분리’로 이해한 것으로 설명되고 있다.<sup>77)</sup> 1800년대에 이르러 독립적인 행정재판소가 등장<sup>78)</sup>하면서 본격적인 행정법학 연구가 시작되어 독일 행정법학이 성립되는데, 이 시기의 대표적인 학자로는 로버트 폰 모울(Robert von Mohl; 이하 ‘모울’), 로렌츠 폰 슈타인, 루돌프 폰 그나이스트(Rudolf von Gneist; 이하 ‘그나이스트’), 그리고 오토 마이어를 들 수 있다.<sup>79)</sup> 특히, 모울은 독립적인 행정법학 연구를 시작한 사람으로 볼 수 있는데, 그는 과거의 관방학을 행정법학과 행정학으로 재구성하는 것에 성공하였다는 점 및 법치국가에 대한 연구를 시작하였다는 점에서 의미 있는 평가를 받고 있다.<sup>80)</sup> 이 시기의 학문적 경향은 행정학과 행정법학으로 나누어 살펴본다.

## (1) 행정학

경찰국가 시대의 관방학(Policywissenschaft)과 관방법(Policeyrecht)은 새로운 형태의 ‘행정학’(Verwaltungslehre)으로 변형되었다. 이 시기의 행정학은 행정의 모든 구성요소에 대하여 다양한 방면에서 상세하게 설명하는 것을

<sup>76)</sup> Fritz Fleiner, Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906, S.8.; zitiert nach Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., 1913, S.26.

<sup>77)</sup> Roger Müller, Verwaltungsrecht als Wissenschaft, 2006, S.29 참조.

<sup>78)</sup> 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 『독일연방공화국 60년』, 2009, 도서출판 오름, 211면 참조. 19세기 독일의 행정재판제도의 수립과정과 이와 관련된 그나이스트와 오토 바(Otto Bähr)의 논쟁 등에 대하여는 박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 2008, 박영사, 42-43면 참조.

<sup>79)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.229 참조.

<sup>80)</sup> Ebenda, S.258 참조.

그 학문적 특징으로 하는 것이었는데, 특히 국가와 행정제도에 대한 설명이 학문의 중심을 이루었다.<sup>81)</sup> 이 시기의 행정학은 행정의 다양한 영역 내에 들어온 실정 법률규정들을 학문의 대상으로 고려하기 시작하였다.<sup>82)</sup>

## (2) 행정법학의 등장

1800년대의 행정법학은 초기에는 ‘국가학적 방법’이 주류를 이루었다가 후반에는 ‘법학적 방법’이 확고한 위치를 차지하게 되었다.<sup>83)</sup> ‘국가학적 방법’으로 인하여, 법학은 행정학으로부터 독립하여 행정을 위하여 형성된 법규를 체계적으로 정리할 수 있게 되었다.<sup>84)</sup> ‘국가학적 방법’은 행정학의 체계를 이어받은 것으로, 행정의 분류와 체계에 맞추어 법규를 재편성하는 것이었다.<sup>85)</sup> 이에 따라 화재 경찰, 물 경찰, 건축 경찰, 의료, 교육, 보건 등과 같이 다양한 행정 영역에 대하여 각기 이에 대응하는 실정 법률의 소재들을 모아 놓은 ‘법적 혼합체’(juristisches Konglomerat)가 형성되었다.<sup>86)</sup> ‘국가학적 방법’은 개별 법률규정들에 대한 분석에 치중함으로써 그것을 넘어서는 법제도의 통합에는 관심을 갖지 못하였고, 행정 실무에 적합하도록 만들어진 행정의 체계와 연결됨으로 인하여 개별 행정 분야로 흩어지게 되었다는 평가를 받는다.<sup>87)</sup> 뒤이어 민사법학을 크게 발전시킨 법학적 방법론이 공법학에 도입<sup>88)</sup>되는데, 국법학 분야에서는 파울 라반트(Paul Laband; 이하 ‘라반트’)에 의해서 그리고 행정법학 분야에서는 오토 마이어에 의해서 각각 확립된 방법론으로 확고하게 자리 잡게 되었다.

---

81) Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.42 참조.

82) Ebenda, S.42 참조.

83) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.19 참조.

84) Fritz Fleiner, a.a.O., S.43 참조.

85) Ebenda, S.43 참조.

86) Ebenda, S.43 참조.

87) Ebenda, S.43 참조.

88) Ebenda, S.44 참조.

## 제2절 법학적 방법

오늘날의 행정법학의 방법론인 법학적 방법론의 근간을 이루는 ‘법학적 방법’(juristische Methode)은 사비니에서 시작하여 푸흐타와 게르버, 예링을 거쳐 민사법학의 방법론으로 형성되었고, 게르버를 통하여 라반트와 오토 마이어를 거쳐 공법학으로 전수된 것이다. ‘법학적 방법’이라는 용어와 개념은 민사법학 분야에서 예링이 사용한 것을 게르버가 공법학에 받아들인 것으로, 당시에는 법학에서 역사적, 철학적, 정치적 논의를 배제하는 것을 의미하였다.<sup>89)</sup> 이하에서는 역사적으로 형성된 ‘법학적 방법’의 형성과정과 오토 마이어를 통한 행정법학에의 도입 과정에 대하여 살펴본다.

### I. 법학적 방법의 초기 형성

#### 1. 사비니: 역사법학과 도그마틱

##### (1) 역사법학과의 입장

사비니는 1779년 독일 프랑크푸르트(Frankfurt)에서 출생하여 1861년에 사망하였다. 그의 대표작은 1840년에 발간된 『현대 로마법체계』(System des heutigen Römischen Rechts)이다.<sup>90)</sup> 사비니는 ‘역사법학’(Geschichtliche Rechtswissenschaft)의 창시자로 알려져 있는데, 다음의 표현은 역사법학과의 입장의 핵심을 가장 정확하게 알려주는 것이다.

“법학에 대한 가장 가치 있는 견해는 모든 법학은 법의 역사라는 높은 사상을 따르는 것이고, 그래서 법의 역사를 다른 법학과 분리하여 다루는 것은

---

<sup>89)</sup> Hans-Joachim Koch, Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, 2. Aufl., 2015, S.61-62 참조.

<sup>90)</sup> 최종고, 『법사상사』, 1992, 박영사, 187면 참조.



빛과 그림자의 서로 다른 분포를 구별할 수 있을 때나 가능한 일이다.”<sup>91)</sup>

사비니와 역사법학과는 ‘법의 역사로서의 법학’(Rechtswissenschaft als Rechtsgeschichte)을 중시하였다. 사비니와 역사법학과는, 법의 역사는 ‘법학적 방법’에 따른 도그마틱적 방법론에 대한 보조적 기능을 하는 것으로부터 자유로워지게 되어, 더 이상 법률가의 인식을 위한 수단에 그치지 않고 고유한 의미에서 법학적 완성에 이르게 되었다고 인식한다.<sup>92)</sup>

그러나 다른 한편으로 사비니와 역사법학과는 ‘도그마틱’을 법학의 기초로 하고 있었기 때문에, 자신들이 주장하는 역사적 방법과 도그마틱적 방법론의 조화를 추구하였다. 사비니의 관점에서는 도그마틱도 역사적 관점에서 이해되는 것이기 때문에 역사적 방법과 도그마틱적 방법론 사이에는 결정적인 차이는 없는 것이었고, 그 결과로 역사적 방법과 도그마틱적 방법론의 조화가 가능하게 되었다.<sup>93)</sup>

## (2) 법제도와 법체계의 중시

사비니의 ‘법학적 방법’은 ‘법제도’(Rechtsinstitut)와 그 법제도가 형성하는 ‘법체계’(Rechtssystem)를 핵심적 개념으로 하고 있다. 사비니의 법제도에 대한 이론은 법률관계와 법제도를 분리하고 법규와 법소재를 구분하여, 법제도와 ‘법개념’(Rechtsbegriff)을 법도그마틱의 기초로 삼는 것이다.<sup>94)</sup> 법제도와 법체계에 대하여 사비니는 ‘법학적 방법’에 입각하여 분석하였는데, 그에게 있어 법제도는 스스로는 법개념이 아니라, 객관적 법의 특정한 발현형태를 나타내는 체계적인 근본개념이다.<sup>95)</sup>

<sup>91)</sup> Savigny, Rezension: Hugo, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts, in: Vermischte Schriften, 1850, V, S.2.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.17.

<sup>92)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.19 참조.

<sup>93)</sup> Ebenda, S.23 참조.

<sup>94)</sup> Ebenda, S.56 참조.

사비니는 “제도는 특유한 법적 내용을 가지고 있으므로, 법학을 통하여 그것을 탐구하여야 한다.”<sup>96)</sup>고 강조하였다. 법규와 법제도, 법체계의 관계에 대하여 사비니는 “법제도로부터 법규(Rechtssatz)가 추상화를 통하여 추론”<sup>97)</sup>되고, ‘체계’는 모든 ‘법개념’과 ‘규율’(Regeln)이 내적으로 결합된 ‘법의 전체’를 의미하는 것으로 보았다.<sup>98)</sup> 그리고 법제도가 모여 체계를 형성하는 것으로 보았다.<sup>99)</sup> 따라서 사비니의 관점에서는 법제도로부터 생성되는 ‘개별 법규’를 이해하기 위해서는 먼저 ‘제도’를 이해하여야 하고, 그러한 제도를 이해하기 위해서는 다시 제도들의 결합인 ‘체계’의 맥락을 이해하여야 하고, 이러한 법제도와 법체계를 통하여서 모든 법적 문제들을 해결할 수 있다는 결론에 이르게 된다.<sup>100)</sup>

역사법학의 선구자인 사비니는 법에 대한 역사적 연구방법을 통하여 ‘과거의 법’에 대한 연구에만 집중한 것이 아니라, 오히려 역사적 연구방법으로부터 법의 ‘지도원리’를 발견하고 정확한 개념에 의한 체계적인 정리를 법학의 사명으로 인식<sup>101)</sup>하였다는 점에서, 그를 ‘법학적 방법’의 시작으로 평가할 수 있을 것이다. 사비니의 ‘법학적 방법’은 이후에 푸흐타를 통하여 게르버와 예링에게 계승되었다.<sup>102)</sup>

<sup>95)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.47 참조.

<sup>96)</sup> Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, I, 1840, S.352.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.52.

<sup>97)</sup> Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, I, 1840, S.11.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.52.

<sup>98)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.24 참조.

<sup>99)</sup> Ebenda, S.52 참조.

<sup>100)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.22 참조.

<sup>101)</sup> 오세혁, 『법철학사』, 2012, 세창출판사, 210면 참조.

<sup>102)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.330-331; Walter Wilhelm, a.a.O., S.53 등 참조.

## 2. 푸흐타: 개념법학

푸흐타는 1798년 독일 뉘른베르크(Nürnberg) 지역에서 출생하여 1846년에 사망하였다.<sup>103)</sup> 푸흐타는 이른바 ‘개념법학’(Begriffsjurisprudenz)의 대표자로 평가받고 있다.<sup>104)</sup> 푸흐타는 사비니의 ‘체계’ 개념으로부터 영향을 받았는데, 푸흐타의 방법론은 사비니의 방법론보다 훨씬 더 ‘법학적 방법’에 가깝다는 평가를 받고 있다.<sup>105)</sup>

푸흐타는 역사법학에서 출발하여 사비니의 ‘체계’ 개념에 영향을 받아, 체계를 중시하는 ‘개념법학’으로 나아가게 되었다. 푸흐타의 개념 중심의 방법론은 ‘법규’를 체계의 출발점으로 삼아, 법규를 그 법규를 구성하는 요소인 ‘개념’들로 나누고, 그 개념들을 결합하여 새로운 개념과 법원칙을 만들어내는 방법론이다.<sup>106)</sup> 푸흐타는 개념이 체계를 구성하는 것으로 보고, 체계 구성에 있어서는 규범이 근본적으로 의미하는 것을 체계가 결정한다는 의미의 ‘체계정당성’(Systemgerechtigkeit) 원리를 강조하였다.<sup>107)</sup> 그리고 이러한 체계 개념과 더불어 푸흐타는 ‘논리의 지배’(Vorherrschaft der Logik)를 강조하였는데, ‘체계’ 개념과 ‘논리의 지배’가 결합됨으로써, 법은 궁극적으로 그리고 완전하게 스스로를 설명할 수 있다는 결론에 이르게 된다.<sup>108)</sup><sup>109)</sup>

이러한 개념법학적 방법론은 추상적이고 형식적인 개념에만 집중하게 되

---

<sup>103)</sup> 최종고, 『법사상사』, 1992, 박영사, 190면 참조.

<sup>104)</sup> 김학태, “법학방법론의 역사적 발전과 법학교육의 미래”, 한국법철학회(이계일 역음), 『법학방법론』, 2017, 세창출판사, 413면 참조.

<sup>105)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.70 참조. 실제로 예링은 푸흐타에 대하여, “다른 어떤 학자보다도 ‘법학적 방법’의 확산에 기여했다.”고 평하였다고 한다.

<sup>106)</sup> 쿠르트 젤만(윤재왕 역), 『법철학』, 2010, 세창출판사, 83면 참조.

<sup>107)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.84 참조.

<sup>108)</sup> 개념법학은 체계의 최상위에 있는 추상적 개념들로부터 “보다 충만한 개념들을 순수하게 논리적으로 도출”할 수 있다고 한다. 아르투어 카우프만(김영환 역), 『법철학』, 2013, 나남, 92면 참조.

<sup>109)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.84 참조.

어 사회적 현실에서 멀어지게 되고, 특히 형식적인 개념의 법학 ‘내적’인 발전에만 치중하는 경우에는 실제로 입법의 원인이 되는 사회적 현실을 고려하지 않게 되는 문제점이 있다는 비판을 받는다.<sup>110)111)</sup>

## II. 민사법학의 방법론으로 ‘법학적 방법’의 성립

‘법학적 방법’은 푸흐타의 제자인 게르버와 예링을 통하여 민사법학의 방법론으로 완성되었다. 게르버와 예링의 방법론에 대하여 살펴본다.

### 1. 게르버

게르버는 1823년 독일의 슈바르츠부르크 - 존더하우젠(Schwarzburg-Sonderhausen) 지방에서 출생하여 1881년에 사망하였다.<sup>112)</sup> 그는 사비니와 푸흐타를 통하여 민사법학 분야에서 형성된 ‘법학적 방법’을 민사법학 분야에서 완성하고, 이를 공법 분야에 적용한 인물로 평가받고 있다. 게르버는 독일 민사법학과 국법학의 주요한 저작들을 발표하였는데, 특히 1848년 발간한 『독일민사법체계』(System des deutschen Privatrechts)와 1852년 발간한 『공법론』(Über Öffentliche Rechte)이 대표적인 저작이라고 할 수 있다.

게르버는 『독일민사법체계』에서, 견고한 체계를 세우는 것과 순수한 법적 요소를 논리적으로 분석하고 구성하는 것을 주장하였고.<sup>113)</sup> 특히 “민사법학의 도그마틱으로부터, 역사적 요소와, 특별히 국법적·정치적 요소를 완

<sup>110)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.330-331; Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.84 등 참조.

<sup>111)</sup> 이에 대하여 오늘날의 법학에 있어서 개념법학의 유용성을 재평가하여야 한다는 견해로는 양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 법철학연구, 제10권 제1호(2007), 233-258면 참조.

<sup>112)</sup> 게르버의 생애에 대하여는 최종고, 『법사상사』, 1992, 박영사, 223면 이하 참조.

<sup>113)</sup> Michael Stolleis, a.a.O., S.332 참조.

전히 분리할 것”<sup>114)</sup>을 강조하였다. 체계와 구성을 중시하는 게르버의 ‘법학적 방법’은 국법학으로 수용되어 독일 공법학의 방법론으로 자리 잡게 된다.<sup>115)</sup>

## 2. 예링

예링은 1818년 독일의 아우리히(Aurich)에서 출생하여 1892년에 사망하였는데, 개념법학을 비판하면서 실천적인 ‘목적법학’을 주창하였다.<sup>116)</sup> 예링은 후에 ‘법학적 방법’을 신랄하게 비판한 것으로 알려지고 있으나, 1850년대에 게르버와 함께 민사법학 분야에서 사비니로부터 이어져 온 ‘법학적 방법’에 따라 법적 구성과 논리를 중시하는 ‘법학적 방법’을 확립시켰고, 그것이 라반트에게 승계되었다는 점에서 ‘법학적 방법’의 흐름에 있는 학자로 볼 수 있을 것이다.<sup>117)</sup>

예링의 법학은 ‘법학적 방법’과 ‘구성주의’(Konstruktivismus)를 특징으로 한다.<sup>118)</sup> 예링은 ‘법의 법학적 구성’(juristische Konstruktion des Rechts)은 자신과 게르버가 법학 분야에 창시한 것이라고 설명하였다.<sup>119)</sup>

예링은 사비니의 법제도 개념을 이어받아 ‘법체’(juristischer Körper)라는 개념을 법학적인 방법으로 구성하였다. 즉, “법규는 실용적이고 명령적인 형

---

<sup>114)</sup> C.F. von Gerber, System des deutschen Privatrechts, 1848, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.24. 그밖에도 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.332; Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.127-128 등 참조.

<sup>115)</sup> 게르버의 ‘법학적 방법’이 독일 공법학에 미친 영향에 대하여는 본 절의 III. ‘법학적 방법’의 공법학에의 도입 부분에서 상술한다.

<sup>116)</sup> 김학태, “법학방법론의 역사적 발전과 법학교육의 미래”, 한국법철학회(이계일 위임), 『법학방법론』, 2017, 세창출판사, 414면; 최종고, 『법사상사』, 1992, 박영사, 213면 등 참조.

<sup>117)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.157 참조.

<sup>118)</sup> Michael Stolleis, a.a.O., S.331; Walter Wilhelm, a.a.O., S.90 등 참조.

<sup>119)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.90 참조.

태를 버리고 법제도의 요소와 성질로 형성되었는데, 그 법제도는 개별 법규들을 단순히 모아놓은 것에 지나는 것이 아니라, 존재와 생명을 가진 존재이고, 논리적 개체이고 법적 제도”<sup>120)</sup>라고 설명하면서, 이러한 제도에 단순한 ‘법적 소재’(Rechtsstoff)라는 표현 대신에 ‘법체’(juristischer Körper)라는 명칭을 부여하였다.<sup>121)</sup> 그는 자신의 ‘방법’을 가리켜 ‘자연적·역사적 방법’(naturhistorische Methode)이라고 하였지만 그것은 ‘법학적 방법’에 해당하는 것으로 평가되고 있다.<sup>122)</sup>

### Ⅲ. ‘법학적 방법’의 공법에의 도입

#### 1. 게르버: 민사법학의 ‘법학적 방법’을 공법에 적용

게르버는 1850년대에 이미 완성의 단계에 도달한 민사법학의 ‘법학적 방법’을 공법학 즉 당시의 국법학에 도입하여 공법학 분야에서 ‘법학적 방법’을 정립하고자 하였다.<sup>123)</sup> 게르버의 ‘법학적 방법’의 핵심개념은 개념, 제도, 체계, 구성 등이었다. 게르버는 자신의 ‘법학적 방법’을 공법학에 도입하였고, ‘법학적 방법’은 게르버를 통하여 공법의 방법론으로 전환되는 계기를 얻게 되었다. 게르버에 있어 법적인 것이 아닌 대상에 대한 묘사나 언급은 공법학의 임무가 아니었다.<sup>124)</sup> 게르버의 방법론은 법적 구성(juristische Konstruktion)과 법학으로부터 역사·철학 및 정치적 요소를 제거하는 것을 의미하는 — 좁은 의미의 — ‘법학적 방법’(juristische Methode)을 그 내용으

<sup>120)</sup> Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf d. verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 5. Aufl., 1891 ff., I, S.37.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.113.

<sup>121)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.113 참조.

<sup>122)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.331 참조.

<sup>123)</sup> Ebenda, S.331-332.; Walter Wilhelm, a.a.O., S.129 등 참조.

<sup>124)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.24 참조.

로 한다.<sup>125)</sup> 이하에서는 게르버의 ‘법학적 방법’의 특징을 1) 법적 구성, 2) 법학에서 역사·철학·정치적 요소의 제거로 나누어 구체적으로 살펴본다.

#### (1) 게르버의 ‘법학적 방법’의 요소 1 - 법적 구성

‘법학적 방법’은 역사적, 철학적 또는 정치적인 논거에 의하지 않고서도 법적 결정에 대한 근거를 제시할 수 있어야 한다는 것을 그 요건으로 한다.<sup>126)</sup> 게르버는 1852년 발간된 『공법론』(Über Öffentliche Rechte)에서 자신의 『독일민사법체계』(System des deutschen Privatrechts)를 인용하면서, “도그마틱으로부터 역사적인 요소를 철저히 분리할 것, 특별히 국법적인 것과 정치적인 것을 민사법으로부터 분리할 것”<sup>127)</sup>을 주장하였다. 게르버의 ‘법학적 방법’에 의하여 법규는 역사적, 철학적, 정치적 요소로부터 분리되어 그 내용이 비게 되고, 그러한 법규는 고유한 법학적 연구의 대상이 되었는데, 그것이 바로 ‘(법적) 구성’(Konstruktion)이다.<sup>128)</sup>

‘법적 구성’이란 ‘법학적 방법’에서 사용되는 방법론을 말하는 것인데, 게르버는 이것을 “공법학이 민사법으로부터 차용한 것”<sup>129)</sup>이라고 설명한다. 게

---

<sup>125)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.333 참조.

<sup>126)</sup> 계희열, “실증주의적 헌법학방법론 소고”, 안암법학, 제1권(1993), 32면 참조.

<sup>127)</sup> C.F. von Gerber, Über Öffentliche Rechte, 1852; das Zitat in seinem System des deutschen Privatrechts, 1848, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.24.; Hans-Joachim Koch, Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, 2. Aufl., 2015, S.61.

<sup>128)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.146 참조. 게르버의 ‘법적 구성’은 일반적인 법개념의 형성에 있어 목적, 기능, 역사적 조건들을 모두 도외시한다는 설명으로 계희열, 전제논문, 31면 참조.

<sup>129)</sup> C.F. von Gerber, Über Öffentliche Rechte, 1852, S.36.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.147.

르버는 법적 구성 개념을 통하여, 법규를 제도와 기본적 개념으로 구성하는 것, 제도의 법적 본성을 분석하는 것, 그리고 개념을 논리적으로 정리하여 법적 인식의 예술적인 체계로 만드는 것을 ‘보다 높은 수준의 법학’으로 인식한 것으로 이해되고 있다.<sup>130)</sup> 게르버의 법적 구성은 법을 정치·경제적 관계와 분리하는 것을 요구하는 것으로 설명된다.<sup>131)</sup>

## (2) 게르버의 ‘법학적 방법’의 요소 2 - 법학에서 역사·철학·정치적 요소의 제거

게르버는 법학의 분야에서 역사적·철학적·정치적 요소를 철저히 분리하여 법학적인 방법을 구축하는 것을 공법학 방법론의 목표로 삼았다.<sup>132)</sup> 게르버의 관점에서는 순수한 ‘법적 소재’에 대하여는 순수하게 ‘법적인 분석’이 필요한 것이었다.<sup>133)</sup> 순수한 법적 분석을 위해서, 법학에서 역사적·철학적 요소와 정치적 요소를 제거하는 것이 게르버의 방법론의 중심이 되었다.

### 1) 역사적·철학적 요소의 제거

게르버는 먼저 공법학에서 역사적 요소를 배제하려 하였다.<sup>134)</sup> 독일에서는 역사적으로 ‘가산국가’(Patrimonialstaat), 비헌법적인 군주국 등이 있었는데, 게르버 당시에는 국가는 이미 그러한 단계에 있지 않았고, 게르버가 연구의 대상으로 삼은 새로운 공법은 과거의 것들과는 완전히 다른 새로운 헌법국

---

<sup>130)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.148-149 참조.

<sup>131)</sup> Ebenda, S.102 참조.

<sup>132)</sup> Hans-Joachim Koch, Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, 2. Aufl., 2015, S.61-62; Walter Wilhelm, a.a.O., S.135 등 참조.

<sup>133)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.135.

<sup>134)</sup> C.F. von Gerber, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., 1880, S.V.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.135.



가의 형성과 관련되는 것이었기 때문이다.<sup>135)</sup>

게르버는 법에 대한 역사적 연구가 현대적 제도를 과거의 봉건국가 시대의 국법에 따른 여러 현상들과 연결시키려 하는 것이기 때문에 적합하지 않다고 보았다.<sup>136)</sup> 당시 국법의 근본적인 변화상황, 즉, 모든 국법학적 개념이 바뀌고 새로운 원리에 따라 결합되는 상황 속에서, 게르버는 그러한 근본적인 변화를 인식하는 것이 현대적 국법을 올바르게 구성하는 것에 있어 전제조건이 되는 것으로 인식하였다.<sup>137)</sup> 그래서 게르버는 스스로 국법 제도에 대한 역사적 연구를 하지 않았고, 그의 법체계 역시도 역사에 토대를 두고 있지 않은 것으로 평가되고 있다.<sup>138)</sup> 그래서 발터 빌헬름은 게르버의 시대에 독일 국법학의 역사적 연구가 단절을 맞게 되었다고 평가한다.<sup>139)</sup>

또한 게르버는 공법학에서 철학적 요소를 배제하려 하였다.<sup>140)</sup> 게르버의 공법학의 체계는 실질적으로 법학적인 본성을 가지고 있는 것들을 독립적으로 추출해내고 발전시키려는 것이었기 때문에, 법학적 본성과 무관한 법에 대한 철학적 배경에 대한 설명 등은 공법학과는 무관한 것이었고, 게르버를 통하여 공법학으로부터 사라지게 되었다.<sup>141)</sup> 그리고 공법학의 체계에서 철학적 요소가 배제된 것을 대신하여, 철학적인 고려의 자리는 법학으로부터 자유롭게 발전한 ‘일반이론’(allgemeine Rechtslehre)이 대체하게 되었다.<sup>142)</sup>

---

<sup>135)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.135-136 참조.

<sup>136)</sup> C.F. von Gerber, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., 1880, S.10.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.136.

<sup>137)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.136 참조.

<sup>138)</sup> Ebenda, S.137 참조.

<sup>139)</sup> Ebenda, S.137 참조.

<sup>140)</sup> C.F. von Gerber, Über Öffentliche Rechte, 1852, S.27.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.135.

<sup>141)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.138-139 참조.

<sup>142)</sup> Ebenda, S.139 참조.

## 2) 정치적 요소의 제거

게르버는 공법학에서 정치적 요소를 배제하는 것을 특히 중요시하였다. 법학으로부터 정치적 요소를 분리하는 것은 이미 1850년대의 주요 국법학자들의 주된 관심사였고, 게르버가 독창적으로 창안한 방법론은 아니었다.<sup>143)</sup> 그러나 법학으로부터 정치적 요소를 배제하는 것은 당시의 정치적 상황과 깊이 관련되어 있는 것이어서, 어느 한 순간에 쉽게 이루어진 것은 아니었다.

게르버가 주로 활동하던 1850년대는 독일의 1848년 혁명이 실패로 돌아간 직후의 시기로, 게르버의 표현에 따르면 “법의 시대가 아니라 정치의 시대”<sup>144)</sup>였다. 1850년부터 1860년대 사이에 독일에서는 자유주의 사상이 지배적이었는데, 자유주의사상의 실질적 지지자들인 시민 계급의 정치적 요구가 국법 체계와 국가 조직 내에 완벽하게 실현되지 않았던 시기였기 때문에, 공법학은 이에 대응하여 정치적 요소에 무관심할 수 없었다.<sup>145)</sup> 이 시기의 헌법은 ‘정치적 투쟁’으로 남아 있었고, 그래서 당시의 국법학은 실정법의 올바른 해석보다는 옳은 법의 실정법화에 더 관심을 갖게 되었으며, 그 결과로 당시의 ‘국가학적 방법’은 자연스럽게 역사적, 철학적, 정치적인 관계에서 법을 해석하는 것에 중점을 두게 되었다.<sup>146)</sup> 그 결과 법학으로부터 정치적 요

<sup>143)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.141 참조. 1850년대 이래 국법학자들은 실정 법률과 정치적 사상의 혼합 문제를 논의해왔는데, 자카리아(Zachariä), 모울(Mohl), 기예르케(Gierke), 게오르그 옐리네크(G. Jellinek) 등은 게르버·라반트와 원칙적으로는 같은 의견이었다고 한다. 다만, 이들 국법학자들 사이에서도 기본적으로 같은 의견이었음에도 불구하고 의견의 차이가 존재했는데, 자카리아를 제외하고는 정치적 사상을 전적으로 필요 없는 것이라고 하거나, 국법학으로부터 정치적 사상을 완전히 분리할 것을 주장하지는 않았다고 한다. 심지어 게르버·라반트와 학문적 성향이 가장 가깝다고 할 수 있는 게오르그 옐리네크마저도 “학문적 이론의 번영을 위하여서 정치적 요소가 매우 중요하다.”고 보았다고 한다. 이에 대한 설명은 Ebenda, S.141-142 참조.

<sup>144)</sup> C.F. von Gerber, Über Öffentliche Rechte, 1852, S.13.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.25.

<sup>145)</sup> Walter Wilhelm, a.a.O., S.142 참조.

소를 제거하는 것은 쉽게 이루어지지 못하였다. 이 시기의 공법학 연구는 그 나이스트(Gneist), 모울(Mohl), 기에르케(Gierke) 등이 주도하였는데, 프랑스 등 자유주의 혁명이 성공한 나라를 기준으로 하는 비교법학이나, 공법에 대한 정치적·역사적 연구방법이 주류를 이루었다.<sup>147)</sup>

이러한 상황 속에서 게르버는 법학에서 정치적 요소를 배제하려고 시도하였다.<sup>148)</sup> 그에게 있어 정치는 “그 자체로 목적(Zweck)이 되어서는 안 되고, 단지 법학을 보다 강하게 할 수 있도록 활용될 수 있는 소재(Material)여야”<sup>149)</sup> 하는 것이었다. 또한 정치적 상황은 학문적으로는 단지 ‘사실’에 불과하고, “결국에는 법규 내에서 구체화되는 자연적 요소에 불과한 것”<sup>150)</sup>이었다.

법학으로부터 정치적 요소를 배제하는 방법론은 1870년대에 들어서야 힘

<sup>146)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.23-24 참조.

<sup>147)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.142 참조.

<sup>148)</sup> C.F. von Gerber, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., 1880, S.237.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.135. 게르버가 1852년에 발간된 ‘국법학’에서 정치에 대하여 부정적으로 언급한 것도 사실은 당시의 정치적 상황에 비추어 비정치적인 태도가 아닌, ‘반자유주의적’ 정치적 사고의 표출이었다고 설명하는 견해도 있다. 동 견해에 따르면, 국법학 연구에 있어서 연구방법을 비정치적인 것으로 결정하더라도 그 자체로 정치적 결정이 될 수도 있으며, 국가에 대한 ‘순수법학적’ 이해는 사실은 당시의 지배적인 정치적 사고인 ‘자유주의’에 반대하는 명확한 정치적 성향, 즉 ‘반자유주의적’(antiliberal) 정치성향을 표현하는 것이 된다고 한다. 이에 대한 설명은 Walter Wilhelm, a.a.O., S.145 참조.

<sup>149)</sup> C.F. von Gerber, Über Öffentliche Rechte, 1852, S.28.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.145.

<sup>150)</sup> C.F. von Gerber, Über deutschem Recht und deutschen Rechtswissenschaft überhaupt, in: Gesammelte jur. Abhandlungen, 1872, S.465.; zitiert nach Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.145-146.

을 얻게 되었는데, 당시의 정치적 상황에서 두 가지 요소가 법학으로부터 정치적 요소의 분리에 기여한 것으로 평가되고 있다.<sup>151)</sup>

첫째는 1871년 비스마르크 제국의 성립이다. 비스마르크 제국의 성립으로, 독일의 시민계급은 새로이 성립된 제국 내에서 의회를 통하여 국가 조직 내부로 자신들의 정치적 요구를 반영할 수 있는 기회를 얻게 되었다. 시민계급이 비스마르크 제국에 대한 정치적 지지자가 되었기 때문에, 자연스럽게 공법학에서 정치적 요소에 대한 관심이 줄어들게 되었다는 것이다.<sup>152)</sup>

둘째로, 독일제국의 성립 이후에 시민계급의 이익에 반하는 반자유주의적이고 보수적인 정책들이 다수 채택되고 제국 내의 정치적 상황이 시민 계급에게 불리하게 변화하게 되는 상황적 요인이다.<sup>153)</sup> 그러한 정치적 상황의 결과로 시민계급은 정치로부터 멀어지게 되었고 국가에 대한 이론적 흥미를 잃게 되었으며, 이러한 비정치적인 상황이 형성됨으로써 공법학의 연구에 있어서 ‘비정치적’이고 ‘형식적’인 법학적 연구의 성공을 위한 여건이 조성된 것으로 설명된다.<sup>154)</sup> 이 시기에 라반트의 『독일제국 국법학』(Das Staatsrecht des Deutschen Reiches)의 발간을 비롯하여 비정치적·형식주의적 공법학 연구가 확대되었다.<sup>155)</sup>

## 2. ‘법학적 방법’의 국법학·행정법학에의 도입

게르버의 ‘법학적 방법’은 국법학 분야에서는 당시 국법학계의 리더의 지위에 있었으며 게르버의 ‘정신적 유언집행자’로 불리는 라반트<sup>156)</sup>를 통하여, 행정법학 분야에서는 당시 행정법학계의 리더의 지위에 있었던 오토 마이

---

<sup>151)</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003, S.143-144 참조.

<sup>152)</sup> Ebenda, S.143 참조.

<sup>153)</sup> Ebenda, S.144 참조.

<sup>154)</sup> Ebenda, S.144 참조.

<sup>155)</sup> Ebenda, S.144 참조.

<sup>156)</sup> 계희열, “실증주의적 헌법학방법론 소고”, 안암법학, 제1권(1993), 32면 참조.

어<sup>157)</sup>를 통하여 도입되었다.<sup>158)</sup> 다만, 당시 독일의 국가적 현실상황의 영향으로, ‘법학적 방법’의 도입 과정은 국법학과 행정법학에서 서로 다른 모습으로 나타나게 되었다.

#### (1) 라반트: 국법학에의 도입

##### 1) 제국헌법의 제정으로 인한 법실증주의적 경향

국법학 분야에서는 제국헌법의 원문 규정을 따라 그것을 해석하고 개념적·체계적으로 발전시키는 방향으로 게르버의 ‘법학적 방법’이 도입되고 발전되었는데, 그러한 작업은 라반트에 의하여 진행된 것이다.<sup>159)</sup> 독일에서는 1871년에 ‘제국헌법’(Reichsverfassung)<sup>160)</sup>이 제정·시행되었는데, 당시 라반트가 그 주석 작업을 맡게 되었다.<sup>161)</sup> 그러한 과정에서 라반트에 의하여 승계된 게르버의 ‘법학적 방법’과 법실증주의 사상이 크게 발전할 수 있게 되

---

<sup>157)</sup> 플리츠 플라이너는 행정법학 분야에서 ‘법학적 방법’의 창시자로 프란츠 마이어(F.F. Mayer)를 소개하고 있다. Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.44 참조. 프란츠 마이어는 1862년에 『행정법의 원리』(Grundsätze des Verwaltungsrechts)를 출간하였는데, 그는 엄격한 ‘법학적 방법’을 통하여 독일 내의 여러 란트들의 법에 대한 비교법적 연구를 실행한 것으로 평가되고 있다. 그의 연구는 ‘개별 제도’와 ‘최고의 지도 원리인 총론’과의 연결을 시도하였다는 점에 특징이 있다고 평가받고 있다. 프란츠 마이어의 ‘법학적 방법’에 대하여는 Toshiyuki Ishikawa, Friedrich Franz von Mayer, 1992, S.118 참조.

<sup>158)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.25 참조. 게르버의 ‘법학적 방법’이 라반트와 오토 마이어를 통하여 각각 국법학과 행정법학으로 승계되는 과정에 대한 설명은 Ebenda, S.25-28 참조.

<sup>159)</sup> Ebenda, S.26 참조.

<sup>160)</sup> ‘비스마르크 헌법’으로도 불린다.

<sup>161)</sup> 계희열, 『헌법학(상)』, 2004, 박영사, 18면. 여기서는 라반트의 독일제국 헌법에 대한 주석 작업이 게르버로부터 계승된 실증주의적 사상에 의한 것이고 이러한 주석 작업을 계기로 하여 ‘실증주의적 헌법학’이 독일에서 대성하게 되었다고 설명한다.

었다.

라반트는 1876년에 출간한 자신의 『독일제국 국법』(Das Staatsrecht des Deutschen Reiches)의 서문에서, 새로 만들어진 실정 헌법을 분석하고, 실정 헌법을 통하여 형성된 공법 관계의 법적 본성을 결정하고, 더 일반적인 개념을 발견하는 것이 중요하다는 점을 강조하였다.<sup>162)</sup>

“헌법은 더 이상 분쟁 당사자의 다툼의 대상이 아니라, 모든 참여자들의 공통의 기반이 되었다.”<sup>163)</sup>

“이제는 새로 만들어진 공법 관계를 분석하는 것, 새로 만들어진 공법 관계의 법적 본성을 결정하는 것, 그리고 더 일반적인 개념을 발견하는 것이 중요하다.”<sup>164)</sup>

## 2) ‘법학적 방법’의 확립

다음으로, 라반트는 게르버로부터 승계한 ‘법학적 방법’에 따라, 개념과 법제도, 그리고 법적 구성을 중시하고, 국법학으로부터 역사적·철학적·정치적 요소를 철저하게 분리하고자 하였다.<sup>165)</sup> 라반트는 『독일제국 국법』(Das Staatsrecht des Deutschen Reiches) 제2판의 서문에서 다음과 같이 ‘법학적 방법’에 따라 ‘법제도’를 구성하고, 역사적·정치적·철학적 요소들에 대한

---

<sup>162)</sup> Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 1876, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.26.

<sup>163)</sup> Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 1876, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.26.

<sup>164)</sup> Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 1876, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.26.

<sup>165)</sup> 계희열, 『헌법학(상)』, 2004, 박영사, 19면; Dieter Grimm, a.a.O., S.27 등 참조. 다만, Dieter Grimm은 라반트가 역사와 경제(학)와 정치, 그리고 철학이 법의 인식을 위하여 가지는 가치를 부인한 것은 아니라고 설명한다.

고려를 법학에서 제외할 것을 주장하였다.

“존재하는 실정 법률의 도그마틱의 학문적 임무는 개별 법규들을 일반적인 개념으로 변환하여 법제도를 구성하는 것에 있고, 다른 한편으로는 이러한 개념으로부터 발생하는 결과를 도출하는 것에 있다. 이러한 임무를 수행하기 위하여 논리(학) 이외에는 다른 방법이 없고 다른 것으로 대체될 수 없다; 모든 역사적, 정치적, 철학적 고려들은 그것이 아무리 스스로 가치 있는 것이라고 해도, 구체적인 법적 소재에 관한 도그마틱에 있어서는 아무런 의미가 없다.”<sup>166)</sup>

## (2) 오토 마이어: 행정법학에의 도입

‘법학적 방법’은 게르버와 라반트를 통하여 오토 마이어에게 승계됨으로써 행정법학에도 도입되었다. 오토 마이어의 ‘법학적 방법’에 대하여는 뒤에서 상세히 살펴보게 되므로, 여기에서는 간략하게 언급한다.

### 1) 국법학과의 도입 과정의 차이점

국법학에서는 라반트에 의하여 실정 헌법인 제국헌법의 해석을 통하여 ‘법학적 방법’이 승계되었다면, ‘법학적 방법’의 행정법학에의 승계는 전혀 다른 모습으로 나타난다. 즉, 당시 행정법 영역에는 어떠한 통일성이나 체계를 갖춘 법률이 존재하지 않았고, 국가 행정의 여러 분야에서 각 분야의 필요에 따라 만든 실정 법률들이 아무런 연결성 없이 산발적으로 존재하고 있는 상황이었다고 한다.<sup>167)</sup> 당시의 상황을 오토 마이어는 그의 『독일행정법』 제1판의 서문에서 다음과 같이 설명하고 있다.

---

<sup>166)</sup> Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 2. Aufl., 1887, Vorwort.; zitiert nach Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.27.

<sup>167)</sup> Dieter Grimm, a.a.O., S.26 참조.

“여러 개의 란트들의 법률들이 다양했고, 그 법률들은 서로 다른 범위에서 서로 다른 영향을 미치고 있었다.”<sup>168)</sup>

“혁명<sup>169)</sup>의 영향으로 새로운 법률들이 나타나고 있다.”<sup>170)</sup>

이와 같이 새로운 법률들이 산발적으로 제정되는 상황에서, 오토 마이어는 ‘법치국가’라는 기본사상에서 출발하여 ‘행정법 총론’을 구성해내고, 이를 통하여 여기저기 흩어져 있는 법적 소재들을 정리하여 하나의 ‘체계’를 만들어 내었다는 평가를 받고 있다.<sup>171)</sup> 국법학에서 실정 헌법에 대한 주석 작업을 통하여 ‘법학적 방법’이 도입되었다면, 행정법학에서는 흩어져 있는 여러 법률들을 하나의 관점에서 설명할 수 있는 법체계를 확립하는 과정에서 ‘법학적 방법’에 따른 행정법학의 체계화가 진행된 것이라고 할 수 있다. 오토 마이어의 표현에 따르면, 이러한 작업은 “공통적이고 큰 관점에 따라, 전체를 통일성 있게 구성한 것”<sup>172)</sup>이었다.

## 2) ‘법학적 방법’의 확립

오토 마이어는 『독일행정법』 제1판의 서문에서, 전체로서의 이론적 체계의 문제와, 행정법 각론 분야의 정리에 대한 문제, 그리고 용어(Terminologie)와 개념(Begriff)을 특히 강조하였다. 그는 첫 번째 문제에 대

---

<sup>168)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>169)</sup> 시기적으로 독일의 1848년 혁명을 의미하는 것으로 보인다. 독일에서는 1848년 혁명으로 인한 자유주의 열풍이 한편으로는 경제학에 대한 연구로, 다른 한편으로는 법치주의의 확립을 추구하는 방향으로 표출되었다고 한다. 그 결과 독일에서는 다수의 실정 법률이 제정되었다. 이에 대하여는 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.381 참조.

<sup>170)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>171)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.26 참조.

<sup>172)</sup> Otto Mayer, a.a.O., Vorwort.



하여는 ‘잘 정돈된 이론’(wohlgefestigte Lehre)으로서 프랑스 행정법을, 두 번째 문제에 대하여는 민사법학의 ‘법제도’(Rechtsinstitut) 개념을 통한 공법적 제도로의 인식을, 세 번째 문제에 대하여는 민사 법학의 개념 활용을 통한 해결을 대안으로 제시하였다.

오토 마이어는 자신의 방법론을 스스로 ‘법학적’(juristisch)인 방법이라고 인식하였다. 그는 자신의 체계를 법학적인 것으로 인식한 반면, 국가학적 행정학의 체계는 법학적인 것이 아니라고 평가하였다.

또한, 오토 마이어는 엄격한 체계를 요구하는 것을 독일 법학의 고유한 성격으로 설명하고<sup>173)</sup>, 행정법학의 임무를 여러 란트의 법으로 흩어져있는 “개별 행정법의 법제도들의 체계를 설명하는 것”<sup>174)</sup>이라고 하여, 체계를 중시하는 사비니 이래의 ‘법학적 방법’의 전통을 계승하고 있다. 오토 마이어는 ‘법학적 방법’을 통하여 일반개념, 전체적인 관점, 그리고 전체적인 구조를 만들어 내었고, 그 결과로 행정법학 분야에서 ‘법학적 방법’이 19세기말 경 전성기를 누리고 있었던 ‘국가학적 방법’을 대체하는 방법론으로 자리 잡게 된 것으로 평가받고 있다.<sup>175)</sup>

### 제3절 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 생애와 사상적 기초

로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어는 모두 19세기 독일 지역을 중심으로 활동하였다. 다만, 두 사람의 활동 시기는 30년 정도의 차이가 있다. 로렌츠 폰 슈타인이 주로 활동하던 시기는 1850년대 이후 독일 지역의 정치적 혼란기였다면, 오토 마이어가 주로 활동하던 시기는 1890년대 독일의 정치적 안정기에 해당한다는 차이점이 있다. 활동의 주된 무대가 된 장소를 보면, 로렌츠 폰 슈타인은 독일 제국에서 제외된 오스트리아 지역의 빈 대학에서, 오

---

<sup>173)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18 참조.

<sup>174)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>175)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.19 참조.

토 마이어는 독일 제국의 슈트라스부르크 대학과 라이프치히 대학에서 주로 활동하였다. 두 사람의 학문세계를 이해하기 위해 두 사람의 생애를 간략하게 살펴본다.

## I. 로렌츠 폰 슈타인의 생애(1815-1890)

로렌츠 폰 슈타인은 1815년에 독일 북부 홀슈타인(Holstein) 지방의 에케른피르데(Eckernförde)에서 출생하였다. 그는 구체제의 시대에서 산업사회로의 변환기에 활동한 인물로, “독일 관방학의 마지막 위대한 저자”<sup>176)</sup>로 불리기도 한다. 그는 법학, 사회학, 역사학, 정치학, 경제학, 재정학 등 다양한 학문분야에 관심을 가지고 연구하였으며, 일생에 걸쳐 모두 206권의 저서와 논문을 발표하였다.<sup>177)</sup>

로렌츠 폰 슈타인의 생애는 크게 다섯 단계로 살펴볼 수 있다.<sup>178)</sup> 첫 단계는 학생 시기(1815-1835)이다. 그는 유·소년기에는 홀슈타인 지역의 Christians Pflegehaus(1821-1832)와 Flensburger Lateinschule(1832-1835) 등에서 수학하였다.<sup>179)</sup> 다음 단계는 대학생 시기(1835-1840)인데, 이 시기에 그는 킬(Kiel) 대학과 예나(Jena) 대학에서 법학과 철학을 공부하였으며, 1839년에 법률가(Jurist) 시험을 통과하고, 1840년에는 법학 박사학위를 취득하였다.<sup>180)</sup>

세 번째 단계는 학문적 제1기(1841-1848)에 해당한다.<sup>181)</sup> 1841년에서 1842

---

<sup>176)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2137.

<sup>177)</sup> 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보, 제29권 제4호(1995), 1403면 참조.

<sup>178)</sup> 로렌츠 폰 슈타인의 생애에 대하여는 Schliesky/Schlürmann, Lorenz von Stein, 2015, S.9-86; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.388-393 등 참조.

<sup>179)</sup> Schliesky/Schlürmann, Lorenz von Stein, 2015, S.11-17 참조.

<sup>180)</sup> 이 시기에 대한 설명은 주로 Ebenda, S.18-30 참조.

<sup>181)</sup> 이 시기에 대한 설명은 주로 Schliesky/Schlürmann, Lorenz von Stein, 2015, S.31-49 참조.

년까지는 프랑스 여행을 통하여 격변기의 프랑스의 사회현실을 직접 체험하게 되었다. 1843년부터 독일 킬(Kiel) 대학교에서 강의를 시작하였고 1845년에 정치학 교수로 임명되었다. 1842년에는 『프랑스 사회주의와 공산주의』(Der Sozialismus und Kommunismus des heutigen Frankreich)를 발표하였고, 1850년에 이를 보완하여 『1789년부터 현재까지의 프랑스 사회운동의 역사』(Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage)를 발표하였다. 이러한 사회학 연구를 통하여 슈타인은 “가장 위대한 사회학자 중의 하나”<sup>182)</sup>로, 또는 “독일 최초의 사회주의자가 아닌 사회학자”<sup>183)</sup>로 평가받게 되었다.

네 번째 단계는 현실 정치가로서의 시기(1848-1854)이다.<sup>184)</sup> 그는 정치적으로 ‘대독일(Großdeutsch)’ 방안을 지지하는 입장<sup>185)</sup>에서 활동하였으며, 독일 민족주의 운동에서 가장 중요한 민족주의자로 평가받고 있다.<sup>186)</sup> 1849년에는 주 의회 의원으로 선출되어 활동하기도 하였다. 1848년의 혁명이 실패로 끝난 후 로렌츠 폰 슈타인은 킬 대학교에서 해직되었고, 그 후 빈(Wien) 대학에 부임하게 되는 1855년까지는 저술가로 활동하게 된다.

다섯 번째 단계는 학문적 제2기(1855-1890)로, 빈 대학에 재직하면서 본격적으로 학문 활동을 한 시기이다.<sup>187)</sup> 그는 1860년부터 저술활동을 시작하여

<sup>182)</sup> Kaethe Mengelberg, Lorenz von Stein and his Contribution to Historical Sociology, Journal of the History of Ideas, Vol. 22, No. 2(Apr.-Jun., 1961), p.268.

<sup>183)</sup> Ibid., p.268.

<sup>184)</sup> 이 시기에 대한 설명은 주로 Schliesky/Schlürmann, a.a.O., S.50-76 참조.

<sup>185)</sup> 1848년 3월 혁명을 계기로 소집된 ‘프랑크푸르트 국민회의’에서는 독일의 민족주의 운동의 방향에 대하여 ‘대독일(Großdeutsch)’ 해결방안과 ‘소독일’ 해결방안이 대립하였다. ‘대독일’ 해결방안은 오스트리아를 포함하는 독일의 모든 지역을 하나의 민족국가로 인식하는 것이었고, ‘소독일’(Kleindeutsch) 해결방안은 오스트리아를 제외하고 프로이센 중심으로 하나의 민족국가를 형성하자는 운동이었다. 하겐 술체(반성완 역), 『새로 쓴 독일역사』, 2014, 지와 사랑, 138면 참조.

<sup>186)</sup> 제바스티안 하프너(안인희 역), 『비스마르크에서 히틀러까지 - 독일제국의 몰락』, 2016, 돌베개, 27면 참조.

1865년에 『행정학』(Die Verwaltungslehre)을, 1870년에 『행정학과 행정법 편람』(Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts)을 발간하였다. 그는 1885년에는 『재정학』(Lehrbuch der Finanzwissenschaft)을 저술하였는데, 이를 통하여 “독일에서 어느 누구도 로렌츠 폰 슈타인보다 공공경제학을 잘 다루지 못한다.”<sup>188)</sup>는 평가를 받았다. 현재도 그는 아돌프 바그너(A. Wagner), 알베르트 셰플레(A. Schäffle)와 함께 독일 재정학의 3성(星)으로 평가받고 있다.<sup>189)</sup>

로렌츠 폰 슈타인의 학문적 특징을 살펴보면, 그의 학문 분야는 사회학, 국가학, 법학, 재정학, 역사학 등을 포괄하는 종합적인 성격을 가지고 있었고, 이러한 그의 다양한 학문적 관심과 연구는 체계적이고 종합적인 행정학 연구로 이어지게 되었다.<sup>190)</sup> 그러나 한편으로, 종합적인 연구방법은 그를 “19세기의 학자 중에 가장 흥미로운 사람 중 하나이지만, 다양한 분야에 대한 종합적인 연구로 인하여, 당시 유럽의 학풍을 양분하였던 관념주의적·형이상학적 경향과 현실주의적·실증주의적 경향 중 어느 쪽에 해당하는지조차 판단하기 어렵다.”<sup>191)</sup>는 평가를 받도록 하고 있다.

---

187) 이 시기의 독일에서는 1866년 프로이센-오스트리아 전쟁에서 프로이센이 승리함으로써 ‘소게르만주의’에 의한 통일이 추진되면서 1867년 ‘북독일연방’이 조직되었으며 1871년 프로이센 중심의 독일제국이 성립되었다. 이 과정에서 오스트리아는 배제되었고, 오스트리아에서는 1867년에 오스트리아-헝가리 연합국인 오스트리아제국이 성립되었다. 조좌호, 『세계문화사』, 1994, 박영사, 469-476면 참조.

188) Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), pp.145-193(p.153).

189) Ibid., p.152 참조.

190) Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2137 참조.

191) Felix Gilbert, From Political to Social History: Lorenz von Stein and the Revolution of 1848, Harvard University Press, 1977, pp.411-412. Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2137에서 재인용.

## II. 오토 마이어의 생애 (1846-1924)

“근대적인 독일 행정법학 방법론의 실제의 창시자이자 거장”<sup>192)</sup>으로 평가되는 오토 마이어는 1846년 독일 남부 지역의 뤼르트(Fürth)에서 출생하였다.<sup>193)</sup> 그는 독일의 법학자이자 변호사로, 행정법뿐만 아니라 헌법, 법철학, 교회법, 국제법 등에 대하여 연구한 학자였다.<sup>194)</sup> 그의 생애는 성장기, 실무기, 학문기의 단계로 설명되고 있다.<sup>195)</sup>

오토 마이어는 에를랑겐(Erlangen), 하이델베르크(Heidelberg), 그리고 베를린(Berlin) 대학에서 법학을 공부하였고, 1869년에 에를랑겐 대학에서 법학박사 학위를 받았으며 1871년에 법률가 시험을 통과하였다.<sup>196)</sup> 1871년부터 1880년까지는 주로 변호사로 활동하였는데, 이 시기를 성장기와 실무기에 해당하는 것으로 설명된다.

다음으로, 오토 마이어가 35세가 된 1881년부터는 학문의 시기를 보내게 된다.<sup>197)</sup> 그는 1881년에 슈트라스부르크 대학에서 교수자격을 취득한 후 강

---

<sup>192)</sup> Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band II, 1992, S.404. 이것은 포르스트호프의 평가이기도 하다. Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 7. Aufl., 1958, S.49 참조.

<sup>193)</sup> 오토 마이어의 생애에 대하여는 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 1-48면 참조. 오토 마이어의 저작에 대하여는 Alfons Hueber, *Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht*, 1982, S.165-186 참조.

<sup>194)</sup> 박정훈, 전계논문, 14면 참조.

<sup>195)</sup> 박정훈, 전계논문, 3-17면 참조.

<sup>196)</sup> 박정훈, 전계논문, 3-4면 참조.

<sup>197)</sup> 오토 마이어가 학문기를 보낸 시기의 독일은 1871년 독일제국의 성립 이후에, 비스마르크가 1890년에 퇴임하기까지는 정치적으로 ‘억압과 불만의 시대’로 평가되고 있고, 비스마르크 퇴임 이후 제1차 세계대전이 발생하기까지의 시기인 빌헬름 2세 시대(1891-1914년)는 정치적 긴장이 완화되고 장래의 민주화의 기초가 되는 대중정치화가 이루어졌으며, 여러 정당들이 의회 내에서 중요한 역할을 수행하였다고 한다. 그 결과로 당시 의회는 새로운 법률안을 계속 통과시킬 수 있었으며 이른바 ‘위대한 법전 편찬의 시대’를 가져올 수 있었다고 평가받고 있다. 이에 대하여는 제바스티안 하프너(안인

사로 임용되었다.<sup>198)</sup> 1882년에는 동 대학 조교수로 임용되면서 행정법 연구를 본격적으로 시작하게 되었고, 1886년에 자신의 대표 저서 중 하나인 『프랑스행정법의 이론』 (Theorie des Französischen Verwaltungsrechts)을 출간하였다.<sup>199)</sup> 곧이어 1895년부터 1896년에 걸쳐, 자신의 대표 저서인 『독일 행정법』 (Deutsches Verwaltungsrecht) 제1판을 발간하였다.<sup>200)</sup>

1903년을 기점으로 오토 마이어의 학자로서의 활동기는 새로운 시기를 맞게 된다. 그는 1902년부터 1903년 사이에 슈트라스부르크 대학의 총장으로 재직한 후, 1903년부터 라이프치히 대학의 교수로 학교를 옮겨 근무하게 되었다.<sup>201)</sup> 학문의 제2기에 해당하는 이 시기에는 1903년 『독일행정법』 (Deutsches Verwaltungsrecht)의 프랑스어 번역판의 프랑스 출간 및 1914년 『독일행정법』 (Deutsches Verwaltungsrecht) 제2판의 발간 등 활발한 저술활동을 하였다.<sup>202)</sup> 1918년에 정년퇴임한 후, 1923년부터 1924년 사이에 『독일행정법』 (Deutsches Verwaltungsrecht) 제3판을 발간하였다.<sup>203)</sup>

오토 마이어는 활동 당시 독일 행정법학계의 대표적인 학자로 평가받았고, 행정법학계를 대표하여 국법학자인 라반트와 함께 독일 공법학 학술지 *Archiv für Öffentliches Recht*의 편집대표를 맡기도 하였다. 오토 마이어는 법치국가라는 지도이념 아래, ‘법학적 방법’을 통하여 행정법학을 종래의 국가학으로부터 독립된 학문으로 그 독자성을 확보하도록 하였다는 점에서 높

---

희 역), 『비스마르크에서 히틀러까지 - 독일제국의 몰락』, 2016, 돌베개, 85-88면 참조.

198) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 9-10면 참조.

199) 박정훈, 전계논문, 11면 참조.

200) 박정훈, 전계논문, 12면 참조.

201) 박정훈, 전계논문, 13면 참조.

202) 박정훈, 전계논문, 14면 참조.

203) 오토 마이어가 『독일행정법』 제3판을 발간한 시기는 독일의 바이마르 공화국 시대이다. 1919년 8월에 바이마르 공화국 헌법이 공포됨으로써 바이마르 공화국이 성립되었다. 1차 세계대전 이후 독일은 절대주의적인 관료주의 국가에서 의회민주주의 국가로 변모하게 되었다. 하겐 술체(반성완 역), 『새로 쓴 독일역사』, 2014, 지와 사랑, 215면 참조.

은 평가를 받고 있다.<sup>204)</sup>

### Ⅲ. 공통의 사상적 기초: 헤겔의 국가사상

로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어는 모두 자신들의 법체계의 기초를 이루는 개념인 ‘국가’에 대하여, 헤겔 철학의 영향을 크게 받은 것으로 평가되고 있다.<sup>205)</sup> 국가에 대한 이해는 국가의 ‘행정’과 그에 대한 법인 ‘행정법’, 그리고 행정법의 학문인 ‘행정법학’의 기초가 되는 것이므로, 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 행정법학을 이해하기 위해서는 먼저 헤겔의 국가에 대한 사상을 살펴볼 필요가 있다고 할 것이다.<sup>206)</sup>

헤겔(1770-1831)의 국가사상은 그의 『법철학』 (Philosophie des Rechts)을 통하여 어느 정도 파악할 수 있다. 헤겔의 국가사상의 핵심은 그가 국가를 하나의 윤리적 이상과 인간자유 의 최상의 표현으로 이해하면서, 국가와 시민

---

204) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 35면 참조.

205) 로렌츠 폰 슈타인에 대하여는, 국순옥(김도균 역), “헤겔과 슈타인에 있어서 독일 관념론 국가사상”, 민주법학, 제55호(2014.7), 200면; 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보 제29권 제4호(1995), 1404면; Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2137 등 참조. 오토 마이어에 대하여는, 박정훈, 전제 논문, 17면; Alfons Hueber, Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982, S.161; Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S.57-58 등 참조. 특히, Alfons Hueber는 “오토 마이어가 헤겔의 전통에 속해 있다는 점은 반복적으로 주장되었다”고 하면서, “헤겔의 법철학이 국가의 법적 절대성으로 나타나는 오토 마이어의 국가사상의 원인이 되었다.”고 설명한다. Alfons Hueber, a.a.O., S.161 참조.

206) 독일 등 서구에서는 “로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 국가에 대한 생각은 헤겔철학을 기초로 하고 있다.”는 한 마디 설명으로도 그들의 국가사상에 대한 대강의 내용을 곧바로 파악할 수 있지만, 헤겔 철학에 친숙하지 않은 우리나라의 입장에서는 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 국가사상에 대한 보다 원활한 이해를 위해서는 헤겔 철학의 대강을 살펴보는 것이 의미가 있다고 할 것이다.

사회를 명확하게 구별하고 있다는 점에 있다.<sup>207)</sup> 이하에서는 헤겔의 ‘국가’를 살펴보면, 그가 『법철학』에서 논한 이성(理性)의 발전단계에 따라서 ‘시민사회’에 대한 논의를 먼저 살펴보고, ‘국가’에 대하여 살펴본 후, 국가의 ‘행정’에 대한 헤겔의 인식을 살펴본다.<sup>208)</sup>

## 1. 헤겔의 ‘시민사회’

헤겔에게 있어 국가와 시민사회(bürgerliche Gesellschaft)는 상호 의존적인 관계이지만, 국가는 수단이 아니라 ‘목적’이라는 점에서 시민사회의 상위에 있는 것이다.<sup>209)</sup> 헤겔은 시민사회를 인간적인 목적을 실현하기 위한 ‘욕구의 체계’(System der Bedürfnisse)로 보고 있다.<sup>210)</sup> 시민사회는 “스스로가 특수한 인격으로서 저마다의 목적을 안고 있는 구체적인 인격이 욕구의 전체를 부동켜안고 자연의 필연성과 자의로 엉켜있는 나날을 살아가는 것”<sup>211)</sup>이라고 한다. 이러한 욕구의 실현체계는 공동성에 의한 제약으로 인하여, ‘전면적인 상호의존 체계’(System allseitiger Abhängigkeit)가 성립되는데, 그것이 바로 시민사회라는 것이다.<sup>212)</sup>

‘법’은 이러한 시민사회에서 성립되고, 개인의 생명·재산·인격의 보호를 위한 사법작용(Rechtspflege), 법질서 유지를 위한 경찰작용 등은 모두 원칙적으로 시민사회의 영역에 속하는 기능이 된다.<sup>213)</sup> 그러나 시민사회에서 사

---

207) 앤드류 헤이우드(조현수 역), 『정치학』, 2004, 성균관대학교출판부, 173면 참조.

208) 이하의 헤겔의 사상에 대한 내용은 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사를 주로 참조하였다.

209) 조지 셰이빈·토머스 솔슨(성유보·차남희 역), 『정치사상사 2』, 2003, 한길사, 960면 참조.

210) 헤겔(임석진 역), 전계서, 365면; 국순옥(김도균 역), “헤겔과 슈타인에 있어서 독일 관념론 국가사상”, 민주법학, 제55호(2014.7), 181면 등 참조.

211) 헤겔(임석진 역), 전계서, 355면.

212) 헤겔(임석진 역), 전계서, 357면 참조.

213) 헤겔(임석진 역), 전계서, 387, 419면 참조.



법작용을 통하여서는 개인의 생명·재산·인격의 침해를 제거할 수 있을 뿐이고, ‘개인의 생계와 복지의 확보’라는 목적을 달성하기에는 부족한데, 이러한 목적이 권리와 법으로서 실현되기 위해서는 ‘사회정책’이 필요하게 되고, 그러한 사회정책의 중추를 이루는 것이 경찰, 경제정책, 사회정책 등이다.<sup>214)</sup>

헤겔의 시민사회는 ‘욕구의 체계’로서 그 안에 내재된 모순이 있지만, 그러한 시민사회의 모순은 헤겔의 입장에서는 윤리의 구현체인 ‘국가’를 통하여 해결될 수 있는 것이다.<sup>215)</sup> 이어서 헤겔의 ‘국가’에 대하여 살펴본다.

## 2. 헤겔의 ‘국가’

헤겔에 있어서 ‘국가’는 그 자체가 ‘인륜적인 전체’이며, ‘이성(理性)의 절대적인 목적인 자유의 실현형태’이다.<sup>216)</sup> 헤겔은 국가를 “인륜적 정신이 명명백백하고 명석한 실체적 의지로 나타나고 스스로를 사유하고 인식하며 그 자신을 성취하는 인륜적 이념의 현실체”<sup>217)</sup>라고 한다. 국가는 “실체적 의지가 현실성을 갖춘 존재로서, 절대적으로 이성적인 것”<sup>218)</sup>이다. 헤겔에 따르면, 국가는 “자유를 최고도로 신장시킨 절대부동의 자기목적”<sup>219)</sup>으로, 개개인의 최고의 의무는 국가의 구성원이 되는 것에 있다.<sup>220)</sup> 더 나아가, 국가는 인간의 세계 속에서 “의식적으로 스스로를 실현해나가는 정신”<sup>221)</sup>으로 고양된다.

이러한 정신적이고 보편적인 국가이념이 직접 현실에 존재하게 될 때에는, 즉, 국가가 현실에 존재할 때에는 국가는 “스스로 유기체를 이루는 개체적이

---

214) 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사, 418면 참조.

215) 국순옥(김도균 역), “헤겔과 슈타인에 있어서 독일 관념론 국가사상”, 민주법학, 제55호(2014.7), 177면 참조.

216) 헤겔의 국가개념에 대하여는 헤겔(임석진 역), 전게서, 441-450면 참조.

217) 헤겔(임석진 역), 전게서, 441면.

218) 헤겔(임석진 역), 전게서, 442면.

219) 헤겔(임석진 역), 전게서, 442면.

220) 헤겔(임석진 역), 전게서, 442면 참조.

221) 헤겔(임석진 역), 전게서, 442면.

고 특수한 국가”<sup>222)</sup>가 된다. 그리고 이러한 개별국가는 역사적으로 형성된 ‘특수성’을 가지게 된다.<sup>223)</sup>

헤겔은 당시 독일이 약해진 원인을 ‘특수주의’와 ‘지방주의’에서 찾으면서, 단일한 독일국가를 추구하였다.<sup>224)</sup> 헤겔에 있어 최고의 가치인 ‘진정한 자유’ — 이것은 영국과 프랑스의 자유주의와는 다른 것이다 — 는 민족국가의 경계 내에서만 발견될 수 있는 것이었다.<sup>225)</sup> 당시의 자유주의는 ‘개인주의’였음에 반하여, 헤겔은 자유의 이념이 살아있는 선의 모습을 한 인륜성이 국가를 통하여 현실체로 실현되고, 그러한 국가를 통하여 자유가 개인에게 반영되는 것으로 이해하였기 때문이다.<sup>226)</sup>

### 3. 국가에서의 ‘행정’

헤겔이 생각한 국가는 헤겔 이후 독일 공법학에서 ‘법치국가’(Rechtsstaat)로 확립되었다. 헤겔이 생각한 법치국가는 전제정치에 반대되는 개념이다. 헤겔에게 있어 ‘전제정치’는 법이 사라져버린 상태 또는 군주의 의지나 민중의 의지가 법률로 통용되거나 오히려 법률을 대신하는 것으로 통용되는 상태를 의미하는 것이고, 법치국가는 그러한 전제정치에 반대되는 상태를 의미하는 것으로 이해된다.<sup>227)</sup>

이러한 헤겔적 법치국가에서 행정은 효율성을 추구하여야 하고, 사법은 재산권과 개인의 권리보호에 기여하여야 했다.<sup>228)</sup> 이러한 국가에서는 시민사회

---

222) 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사, 451면.

223) 헤겔(임석진 역), 전계서, 451면 참조.

224) 조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 『정치사상사 2』, 2003, 한길사, 927면 참조.

225) 조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 전계서, 927면 참조.

226) 조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 전계서, 927면; 헤겔(임석진 역), 전계서, 303-305면 등 참조.

227) 헤겔(임석진 역), 전계서, 502-503면; 조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 전계서, 964면 등 참조.

228) 조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 전계서, 964면 참조.

의 사법작용과 경찰작용은 통치권의 일부로 흡수되어 사법권과 경찰행정권을 이룬다.<sup>229)</sup> 국가는 통치권을 행사함에 있어서 “통치권의 대리자인 국가행정관료에 의존”<sup>230)</sup>할 수밖에 없으므로, 통치권의 핵심으로 ‘경찰행정법’과 ‘관료’가 등장하게 된다.

“공동의 국가이익을 특수한 영역의 법 안에 정착시켜서 특수한 영역을 국가에 귀일되도록 하는 데에는 통치권의 대리자인 국가 행정 관료와 이보다 더 위에서 문제를 심의하는 합의체로서의 상급 관청의 배려가 필요하다.”<sup>231)</sup>

또한 종래 시민사회의 영역이었던 개인 복지의 실현을 위한 사회정책들, 즉, 질서유지를 위한 경찰작용, 경제정책으로서 시장에 대한 감시와 배려, 개인에 대한 사회정책적 대책의 마련, 학교의 감독과 공교육 확립, 특히 빈민에 대한 공적인 보호 등의 역할은 ‘시민사회의 국가로의 이행’을 통하여 국가의 역할이 되고<sup>232)</sup>, 국가는 이러한 역할의 수행을 위하여 행정과 행정력을 필요로 하게 된다. 헤겔은 특히 빈곤 문제의 해결을 강조하였는데, 빈민에 대한 자선사업은 공적인 방법으로 대체되어야 한다고 하고, 빈곤 문제는 시민사회가 해결할 수 없고 직능단체를 통하여서도 해결할 수 없으므로 결국 사회정책의 ‘진리’인 국가를 통하여 해결되어야 한다는 점을 강조한다.<sup>233)</sup>

헤겔은 국가행정을 담당하는 관료집단은 ‘보편적 계급’(allgemeiner Stand)이 담당하여야 한다고 생각하였다.<sup>234)</sup> 헤겔에 따르면, 보편적 계급은 “스스

---

229) 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사, 520면 참조. 여기에서 헤겔은 사법권과 행정경찰권은 시민사회의 특수성과 관련되므로, 두 권력은 시민사회의 특수한 목적이 공동의 이익에 연계되도록 배려하도록 되어 있는 것으로 설명한다.

230) 헤겔(임석진 역), 전거서, 521면.

231) 헤겔(임석진 역), 전거서, 521면.

232) 헤겔(임석진 역), 전거서, 418, 440면 참조.

233) 헤겔(임석진 역), 전거서, 426, 429-430, 435, 439면 참조.

234) 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사, 383면; 레오 스트라우스·조셉 크랍시(김남국 외 역), 『서양정치철학사 3』, 2013, 인간사랑, 204면 등 참

로의 사명으로서 공적인 사안을 자기 활동의 목적이며 자신의 기반으로 삼고 있다.”<sup>235)</sup> 그리고 국가 관료는 보편적 계급의 중심을 이룬다.<sup>236)</sup> 헤겔에 있어 국가 관료는 국가의식과 교양을 갖춘 ‘중간계층’(Mittelstand)으로, 공정성과 지성 면에서 국가의 근간을 이루는 계층이다.<sup>237)</sup> 이들은 군주에 의하여 임명되지만 군주에 대하여 상대적 독립성을 가지며, 국가봉사자의 윤리에 따라 공직자의 의무를 이행할 것을 요구받는다.<sup>238)</sup>

#### IV. 검토

공법학인 행정법학은 국가를 그 대상으로 한다는 점에서, 학문의 대상인 국가에 대한 인식은 행정법학의 출발점이 된다고 할 수 있다. 후술하는 바와 같이 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어는 공통의 연구대상인 ‘국가’에 대한 기본인식에 있어서 헤겔의 사상으로부터 큰 영향을 받았다는 점에서 상당한 공통점이 있다고 할 수 있다. 물론 연구의 대상과 그에 대한 사상적 기초가 공통된다 하더라도, 연구의 대상인 국가의 어떤 측면을 더 중요시하였는지, 어떠한 방법론에 따라 연구하였는지에 따라 서로 다른 학문적 결과로 이어지는 것 또한 당연한 것이기도 하다.

한편, 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 생애에 있어 두 사람이 각각 학문적으로 전성기를 맞은 시기는 독일의 시대적 상황에 있어 상당한 차이가 있었음에 주목할 필요가 있다. 로렌츠 폰 슈타인의 시대는 게르버가 표현한 대로 ‘정치의 시대’였으며 사회주의의 등장과 함께 사회적으로도 혼란한 시

---

조. 헤겔은 ‘계층’을 실질적인 직접적 계층과 반성적인 형식적 계층, 그리고 보편적인 공적 계층으로 구분한다. 실질적 계층은 토지귀족과 농민을, 반성적 계층은 수공업자와 상공인을 말하고, 보편적인 공적 계층에 관료와 군인이 포함된다고 본다. 헤겔의 ‘계층’에 대한 설명은 헤겔(임석진 역), 전게서, 378-386면 참조.

235) 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 2008, 한길사, 434면.

236) 헤겔(임석진 역), 전게서, 529면 참조.

237) 헤겔(임석진 역), 전게서, 529-530면.

238) 헤겔(임석진 역), 전게서, 525-526면 참조.

기였다고 할 수 있다. 이에 비하여 오토 마이어의 시대는 독일에서 비스마르크 제국의 성립 이후 국내 정치가 안정되었고 특히 그가 『독일행정법』 제1판을 집필하던 시기는 가장 안정적인 시기로 이른바 “위대한 법전 편찬의 시대”<sup>239)</sup>에 해당하였으며, 유럽 전반에 실증주의적 사조가 지배적 사고로 자리 잡게 되는 시기였다는 점에서 로렌츠 폰 슈타인의 시대와는 근본적인 차이가 있다고 할 수 있다. 이러한 역사적 배경은 두 사람의 학문적 견해와 방법의 차이에도 영향을 미칠 수밖에 없었다고 볼 수 있을 것이다.

---

<sup>239)</sup> 제바스티안 하프너(안인희 역), 『비스마르크에서 히틀러까지 - 독일제국의 몰락』, 2016, 돌베개, 88면.

## 제2장 국가와 행정

국가와 행정은 공법학의 핵심적인 연구대상이다. 본장에서는 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 행정법학 방법론을 비교·연구하기 위한 시작으로, 행정법학의 학문적 연구대상인 국가와 행정에 대한 두 사람의 인식에 대하여 살펴본다.

### 제1절 로렌츠 폰 슈타인의 국가와 행정

#### I. 로렌츠 폰 슈타인의 ‘국가’

로렌츠 폰 슈타인은 헤겔의 유기적 조직이론에 입각하여, 국가와 사회(Gesellschaft)를 유기적 조직, 유기적 인격으로 이해한다.<sup>240)</sup> 그에게 있어 국가는 “모든 개별적 인격의 인격적 통일체”<sup>241)</sup>(die persönliche Einheit aller einzelnen Persönlichkeiten)이고, 인격체인 국가는 자신의 육체(Körper)에 해당하는 ‘영토’와 정신(Seele)에 해당하는 ‘국민’을 가지며, 영토와 국민 안에서 국가는 스스로의 ‘인격’을 갖는다.<sup>242)</sup> 인격체인 국가는 세 종류의 ‘기관’(조직; Organ)을 갖는데, 그것은 국가의 최고지도자(Staatsoberhaupt), 국가의 의지(Staatswille), 그리고 국가의 행동(That des Staats)이다.<sup>243)</sup>

로렌츠 폰 슈타인에게 있어 ‘사회’는 헤겔의 그것과 마찬가지로, 이익 추

---

<sup>240)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.XVI 참조.

<sup>241)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.9.

<sup>242)</sup> Ebenda, S.5 참조.

<sup>243)</sup> Ebenda, S.5-6 참조.

국가 우선하는 곳이다. 그가 인식한 사회는 이익과 계급이 존재하는 곳이다.<sup>244)</sup> 사회는 “현저한 경제적 차별에 근거한 계급으로 이루어진”<sup>245)</sup> 것이고, 국가의 역사는 “국가적 지배를 둘러싼 계급투쟁의 부단한 과정에 불과한”<sup>246)</sup> 것이다. 로렌츠 폰 슈타인에게 있어 국가의 목적은, 헤겔과 마찬가지로 이러한 ‘이익 추구의 사회’로부터 국민을 잘 살게 해주는 것, 특히 약자를 보호하는 것에 있다.<sup>247)248)</sup> 그리고 로렌츠 폰 슈타인에 있어 국가의 역할은 계급이 형성되는 것을 막고, 모든 사람들의 평등을 유지하는 것에 있다.<sup>249)</sup>

## II. 로렌츠 폰 슈타인의 ‘행정’

### 1. 행정의 의의

#### (1) 개념

<sup>244)</sup> 게오르그 엘리네크(김효전 역), 『일반국가학』, 2005, 법문사, 72면 참조.

<sup>245)</sup> Georg Jellinek, Allgemeines Staatslehre und Politik, 1896 (Neudruck: Hg. Ziemann/Funke, 2016), S.47.

<sup>246)</sup> Ebenda, S.47. 여기에서는 로렌츠 폰 슈타인의 견해에 대하여, “프랑스 혁명과 루소의 영향을 받은 것”으로 설명하면서, 로렌츠 폰 슈타인이 역사를 계급투쟁으로 본 것은 “마르크스의 생각과 만나게 된다.”고 평가한다.

<sup>247)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 참조. 로렌츠 폰 슈타인은 국가를 헤겔의 관점에서, ‘시민사회와는 달리 개인의 자유를 지키면서도 계급의 복지를 개량할 수 있는 존재’로 보고 있다는 점에서, 그의 입장을 ‘사회주의’로 보기는 어렵다는 평가가 있다. 또한 그는 ‘시민계급이 자신들의 본성에 따라서 정부를 이익추구의 수단으로 이용’하는 것으로 보고 있어, 시민계급을 중심으로 하는 ‘공화주의’(republicanism)에도 반대하는 입장으로 평가되고 있다.

<sup>248)</sup> 로렌츠 폰 슈타인은 비스마르크제국 당시의 사회정책에 대하여 노동자들을 사회주의로부터 등을 돌리게 하고 사회적 왕정에 충실하게 순화되도록 하려는 목적을 가진 것이었다고 평가한다. 이에 대하여는 전광석, 『독일사회보장법과 사회정책』, 2008, 박영사, 43면 참조.

<sup>249)</sup> Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., 1958, S.43 참조.

국가와 사회에 대한 로렌츠 폰 슈타인의 관점에서는 개인들이 각자 자기의 이익을 추구하는 ‘사회’에서 발생하는 모순의 해결을 위해 ‘국가’의 역할이 필요하게 되는데, 그러한 역할을 수행하기 위한 국가의 활동이 바로 ‘행정’이 된다.<sup>250)</sup> 법이 인격체로서의 국가의 ‘의지’를 나타내는 것이라면, 행정은 인격체로서의 국가의 ‘행동’을 의미하는 것이다.<sup>251)</sup> 그리고 그러한 행동은 국가 목적 달성을 위한 역할을 수행하는 것을 의미한다.<sup>252)</sup> 로렌츠 폰 슈타인의 관점에서 입법과 행정은 하나의 법인격 안에 통합되어 있지만 분리되어 독립되어 있는 국가의 일부분이기도 하다.<sup>253)</sup> 그리고 국가의 행동인 행정은 국가의 의사인 법에 종속되어야 하는 것이 원칙이다.<sup>254)</sup>

## (2) ‘헌정’과의 구분

이러한 행정은 개념적으로 ‘헌정’과는 구분된다. 독일 관방학의 핵심 개념인 경찰(Polizei) 개념을 로렌츠 폰 슈타인은 ‘헌정’(Verfassung) 개념과 ‘행정’(Verwaltung) 개념으로 분리하였다.<sup>255)</sup> ‘헌정’이란 “국가라는 유기체를 구성하는 개인이 국가의사의 결정에 참여하는 국가적 권리”<sup>256)</sup>를 의미하는 것으로 설명된다. 즉, 국가 안에서의 개인의 자기결정을 ‘자유’라고 부르는데, 그러한 개인의 자기결정의 자유가 모여 국가의 자유로운 의지를 만들게 되

250) 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보, 제29권 제4호(1995), 1405면 참조.

251) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.15 참조.

252) Ebenda, S.15 참조.

253) Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 참조.

254) Lorenz von Stein, a.a.O., S.15 참조.

255) Utz Schliesky, Verfassung und Verwaltung bei Lorenz von Stein, in: Stefan Koslowski(Hrsg.), Lorenz von Stein und der Sozialstaat, 2014, S.83; 김운태, 『행정학원론』, 1985, 박영사, 22면; 박응격, 전계논문, 1406면; 유훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사, 54면 등 참조.

256) 김운태, 전게서, 22면.



고, 그러한 자유로운 의지를 만드는 절차를 규정하는 것이 ‘헌정’이라는 것이다.<sup>257)</sup> 즉, 헌정은 인격체로서의 국가의 ‘의지’에 대한 것이다. 반면, 행정은 “국가가 모든 개인의 향상을 촉진할 임무를 수행하기 위한 국가의 행위”<sup>258)</sup>를 의미하는 것으로, 인격체로서의 국가의 ‘행동’에 대한 것이라는 점에서 헌정과 구별된다.

로렌츠 폰 슈타인은 “헌법적 자유의 시대로부터 개인적 자유의 시대로 전환이 이루어졌다.”<sup>259)</sup>라고 하면서, 그것은 “국가 개념과 국가 작용의 성취가 헌정 안에서 발견되는 시기에서, 행정을 위하여 헌정이 무엇을 하였는지에 따라 헌정의 가치가 판단되는 시기로 전환되었다.”<sup>260)</sup>고 설명한다.

### (3) 분류

로렌츠 폰 슈타인은 행정의 개념을 먼저 국가의사의 실현이라고 할 수 있는 ‘집행권’(Vollziehende Gewalt)과 ‘실제의 행정’으로 구분하고, 실제의 행정을 종래의 관방학의 전통을 따라 5대 영역으로 구분하였다.<sup>261)</sup><sup>262)</sup> 이러한 분류는 당시의 국가학에서는 일반적으로 받아들여지는 국가의 기능에 따른 분류에 해당하는 것이었다.<sup>263)</sup>

첫째는 외교 및 국제법의 근원인 다른 나라들과의 관계의 문제이다. 국가는 혼자 고립되어 존재하는 것이 아니라, 다른 나라들과의 교류 속에 있는

257) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.5 참조.

258) 김운태, 『행정학원론』, 1985, 박영사, 22면.

259) Lorenz von Stein, a.a.O., S.40.

260) Ebenda, S.40.

261) Ebenda, S.6-7; 김운태, 전거서, 23면; 유 훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사, 55면 등 참조. 아래의 분류는 유훈, 전거서, 54-55면 참조.

262) 로렌츠 폰 슈타인은 ‘집행권’에 대한 것은 행정학의 영역이 아닌 것으로 보고, ‘내무행정’을 행정학의 대상으로 파악한다. Lorenz von Stein, a.a.O., S.8 참조.

263) Georg Jellinek, Allgemeines Staatslehre und Politik, 1896 (Neudruck: Hg. Ziemann/Funke, 2016), S.71-72 참조.

것이므로, 외교관계에 대한 행정이 중요한 것이다.<sup>264)</sup> 둘째는, 국가의 다른 국가에 대한 독립, ‘영예’(Ehre), 그리고 ‘힘’(Macht)을 대상으로 하는 군사행정과 군대제도이다.<sup>265)</sup> 국가는 무력을 가지고 있기 때문에, 전쟁과 관련한 행정이 중요했다.<sup>266)</sup> 위의 두 가지는 국가의 독립성과 관련된 것으로, 대외적인 행정에 해당한다.<sup>267)</sup>

다음의 세 가지는 국가의 내부적인 생활관계에 해당하는 것이다. 셋째는 ‘재무행정’(Finanzverwaltung)이다. 국가가 그 목적을 달성하려면 경제적 수단이 필요하기 때문이다.<sup>268)</sup> 넷째는 실정 법률의 실현에 해당하는 ‘사법’(司法) 행정이다. 국가가 법을 관장하고, 재판관을 임명하는 등의 행정이 여기에 해당한다.<sup>269)</sup> 다섯째는 행정의 핵심인 ‘내무행정’(innere Verwaltung)이다. 내무행정은 국가의 기능 중에서 위의 네 가지 기능을 제외하고 남은 것으로, 넓은 의미의 ‘문화촉진’(Kulturförderung)에 해당하는 것이다.<sup>270)</sup> 로렌츠 폰 슈타인은 다른 국가학자들과 마찬가지로 이러한 국가의 기능 중에서 ‘내무행정’ 기능을 가장 중요시하였다.

## 2. 행정의 기능

로렌츠 폰 슈타인은 행정의 역할이 “개인의 자유를 보호하여 시민사회에

---

<sup>264)</sup> Georg Jellinek, Allgemeines Staatslehre und Politik, 1896 (Neudruck: Hg. Ziemann/Funke, 2016), S.72 참조.

<sup>265)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.7 참조.

<sup>266)</sup> Georg Jellinek, a.a.O., S.72 참조.

<sup>267)</sup> Lorenz von Stein, a.a.O., S.7 참조. 여기에서는 외교관계 및 군대에 대한 행정영역은 국제법의 대상이 되고, 외교관계에 대하여는 정치학(Staatskunst, Politik)이, 군대·전쟁에 대하여는 군사학(Kriegswissenschaft)이 그 행정영역에 대한 학문이라고 한다.

<sup>268)</sup> Georg Jellinek, a.a.O., S.72 참조.

<sup>269)</sup> Ebenda, S.72 참조.

<sup>270)</sup> Ebenda, S.72 참조.

서 각자 자신의 이익을 추구할 수 있도록 해주는 것”<sup>271)</sup>에 있다고 보았다. 개인의 ‘자기결정’(Selbstbestimmung)은 로렌츠 폰 슈타인의 국가 및 사회이론의 핵심개념이다.<sup>272)</sup> 그는 개인의 발전은 다른 사람의 발전을 위한 조건이 되고, 한 개인의 발전은 다른 개인의 발전으로 이어지는 것으로 인식하였다.<sup>273)</sup> 개인은 각자 자기결정을 통하여 자신의 이익을 추구할 수 있는데, 문제는 그러한 자기결정이 다른 사람에게 손해를 줄 수 있다는 점이다.<sup>274)</sup> 이러한 경우에, 보다 낮은 경제적 위치에 놓인 개인일수록 자기결정의 자유의 행사에 있어 보다 높은 경제적 위치에 놓인 개인에 비하여 더 열등한 지위에 놓이게 된다. 행정은 이러한 경우에 “보다 낮은 계급을 보호”하여, 사회 안에서 “자기결정의 자유가 없는 상태로 빠지지 않도록”<sup>275)</sup> 하는 기능을 수행한다.

### 3. 내무행정

#### (1) 개념

‘내무행정’(innere Verwaltung)은 그 형식적 개념에 따르면, “개인들에게 자신의 힘과 노력만으로는 얻을 수 없는 개인의 발전을 위한 전제조건들을 제공하는 국가의 작용들의 총합”<sup>276)</sup>을 의미한다. 로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 내무행정의 이념은 “인간적인 발전의 이상은 완성된 인간”<sup>277)</sup>이라는 사실에

<sup>271)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138.

<sup>272)</sup> Ibid., p.2138 참조.

<sup>273)</sup> Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., 1958, S.43 참조.

<sup>274)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 참조.

<sup>275)</sup> Ibid., p.2138.

<sup>276)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.39.

<sup>277)</sup> Ebenda, S.39.

기초를 두고 있는데, 그러한 개인의 완성은 개인 혼자서의 힘으로는 이룰 수 없고, 오로지 “인간의 공동체(Gemeinschaft)만이 개인의 부족함을 보완할 수 있다.”<sup>278)</sup>고 한다. 즉, 개인의 부족함 때문에 공동체가 필요하게 된다.

로렌츠 폰 슈타인은 이러한 공동체의 중요성을 강조하였는데, 공동체를 통하여 그 구성원인 개인이 발전하게 되고, 공동체의 도움을 통한 개인의 발전은 그래서 공동체를 더욱 강하게 하고, 공동체는 그 강해진 힘을 개인을 위하여 사용할 수 있게 되는 관계를 통하여, 개인의 발전은 다시 공동체를 강하게 하여, 모든 구성원들이 유익하게 된다고 설명한다.<sup>279)</sup> 그리고 이와 같은 상호 의존관계에서 “내무행정의 이념이 실현된 인격체”<sup>280)</sup>가 바로 국가라고 한다.

로렌츠 폰 슈타인이 강조한 자유는 그래서 ‘국가로부터의 자유’뿐만 아니라, ‘국가를 통한 자유’ 즉 국가의 행정에 의한 사회생활의 적극적 형성을 통한 자유를 포함하는 것이다.<sup>281)</sup> 그의 행정학의 최고의 목표인 개인의 자유의 실현을 위해서는 국가의 행정, 즉 적극적인 국가의 활동이 필수적인 것이 된다. 그래서 그는 “행정에 대한 사상은 일하는 국가에 대한 사상이다.”<sup>282)</sup>라고 설명한다. 결국 로렌츠 폰 슈타인의 국가와 행정이론에서는 일하는 국가의 활동의 요체인 ‘내무행정’이 핵심개념이 된다.

## (2) 지도원리

---

278) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.39.

279) Ebenda, S.39 참조.

280) Ebenda, S.39.

281) Christoph Brüning, Die Idee des arbeitenden Staates, in ders./Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit, 2015, S.243 참조.

282) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Aufl., 1887, S.25.; zitiert nach Christoph Brüning, Die Idee des arbeitenden Staates, in ders./Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit, 2015, S.243.

로렌츠 폰 슈타인은 내무행정의 지도원리에 대하여 공동체 안에서 모든 개인은 독립적이라는 사실에 근거하고 있는데, “그 개인은 자기 스스로의 힘으로 얻은 것을 통하여서만 진정한 발전을 할 수 있다.”<sup>283)</sup>고 설명한다. 여기에서 내무행정의 한계가 도출되는데, 즉 국가의 내무행정작용의 임무는 “공동체는 개인이 자기 자신의 힘으로 얻을 수 있는 것은 제공하여서는 안 된다.”<sup>284)</sup>는 한계를 갖게 된다고 한다. 그리고 행정은 개인의 발전을 위한 동등한 조건을 제공하여야 하는 의무를 갖는다.<sup>285)</sup> 그래서 내무행정에서 가장 중요한 것은 “주어진 조건과 변화하는 조건에 맞는 가장 적합한 수단을 찾아내고 유지하는 것”<sup>286)</sup>이 되고, 이러한 내무행정을 통하여 최고의 선인 ‘진정한 자유’(wirkliche Freiheit)에 도달할 수 있게 된다고 한다.<sup>287)</sup> 그래서 로렌츠 폰 슈타인의 행정 체계에서는, 내무행정은 인격적인 자유의 최고의 조건을 위한 국가의 활동(Arbeit)이 된다.<sup>288)</sup>

### (3) 체계

로렌츠 폰 슈타인은 내무행정의 지도 원리에 따른 체계적이고 실용적인 학문이 필요함을 강조하면서, 그러한 학문에서 가장 중요한 기초는 행정임무의 체계라는 점을 강조한다.<sup>289)</sup> 그의 행정체계는 모든 시민의 안녕을 확보하면서 사회의 안정성을 유지할 수 있는 체계였다는 평가를 받고 있다.<sup>290)</sup>

그는 행정임무의 대상인 내무행정을 국가의 ‘생활’(Leben)의 분류에 따라

---

<sup>283)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.40.

<sup>284)</sup> Ebenda, S.40.

<sup>285)</sup> Ebenda, S.40 참조.

<sup>286)</sup> Ebenda, S.40.

<sup>287)</sup> Ebenda, S.40 참조.

<sup>288)</sup> Ebenda, S.40 참조.

<sup>289)</sup> Ebenda, S.40 참조.

<sup>290)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 참조.

크게 개인생활(persönliches Leben), 경제생활(wirtschaftliches Leben), 그리고 사회생활(gesellschaftliches Leben)의 세 유형으로 나누고, 이러한 생활의 유형 체계 아래에 각 생활 영역의 내용에 따라 내무행정의 체계를 분류한다.

첫째로, 내무행정과 개인생활의 영역이다. 여기에서는 행정과 개인의 신체적 생활 및 정신적 생활과의 관계에서 나타나는 제도가 문제가 된다. 개인의 신체적 생활 영역에서 중요한 제도로는 인구·주민제도(Bevölkerungswesen), 공적 보건제도(öffentliches Gesundheitswesen), 경찰제도(Polizeiwesen), 후견·보호제도(Pflegschaftswesen) 등이 있고, 정신적 생활 영역에서 중요한 제도로는 교육제도(Bildungswesen)가 있다.

둘째로, 내무행정과 경제생활의 영역이다. 여기에서는 첫째 영역으로 통화(Entwährung), 둘째 영역으로 화재경찰(Feuerpolizei), 물법(Wasserrecht), 손해보험제도(Schadenversicherungswesen) 등의 경제행정의 요소들이 있고, 셋째 영역으로 교통제도(Verkehrswesen)가 있다. 교통제도는 다시 교통수단인 도로제도(Wege- und Bauwesen), 항해제도(Schiffahrtswesen), 교통영조물(Verkehrsanstalt)인 우편제도(Postwesen), 철도제도(Eisenbahnwesen), 공적 증기·항해(Öffentliche Dampfschiffahrt), 전신제도(Telegraphenwesen) 등으로 구분된다. 그밖에 유통제도(Umlaufwesen)와 신용제도(Creditwesen)가 교통제도의 중요한 부분을 이룬다. 다음으로 경제생활에 있어 국민경제관리를 위한 것으로 산(Bergwesen), 산림(Forstwesen), 농업관리(Landwirthschaftspflege), 영업제도(Gewerbewesen), 산업(Industrie), 상업(Handel), 도거나 지적재산권과 관련된 정신적 영업(geistiger Erwerb) 등이 있다.

셋째로, 내무행정과 사회생활의 영역이다. 사회생활은 사회적 자유, 사회적 위기, 사회적 발전의 세 부분으로 구성된다. 사회적 자유의 영역에는 가족과 고용제도(Familie und Gesindewesen), 성별법(Geschlechterrecht), 직업법(Berufsrecht) 등이 있다. 사회적 위험(gesellschaftliche Noth)의 영역에는 사회경찰(Gesellschaftliche Polizei)과 군대제도(Armenwesen)가 있다. 사회적 발전(gesellschaftliche Entwicklung)의 영역에는 구제은행제도(Hülfskassen-Wesen), 보험제도(Versicherungswesen), 상호제도(Die Selbsthülfe und ihr Vereins-

wesen) 등이 중요한 제도이다.

후술하는 바와 같이, 로렌츠 폰 슈타인은 이러한 행정의 체계로부터 각 개별적인 영역에 적용되는 법률이 만들어진다고 보고 있으므로, 내무행정의 체계는 결국 행정법의 체계와 일치하게 된다는 점에서 그의 행정법학에 있어서 행정의 체계는 중요성을 갖는다고 할 수 있다.

## 제2절 오토 마이어의 국가

오토 마이어는 “행정법학은 그 대상을 국가(Staat)에 둔다.”<sup>291)</sup>고 하면서, 행정법학의 대상인 국가 중에서도 ‘법질서’(Rechtsordnung)와 관련된 측면을 ‘행정’(Verwaltung)으로 파악한다.<sup>292)</sup> 오토 마이어 행정법학의 연구대상 중 먼저 국가에 대하여 살펴본다.

### I. 국가에 대한 이해

#### 1. ‘공동체’로서의 국가

오토 마이어는 국가를 정치적, 철학적이 아닌 법학적으로 이해하려고 하였다. 국가 개념은 오토 마이어 행정법학의 기초를 이루고 있고,<sup>293)</sup> 특히 그의 행정법학은 ‘자유주의적 법치국가’(liberaler Rechtsstaat)를 기반으로 하고 있

---

291) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.1.

292) Ebenda, S.1 참조.

293) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 17면 참조. 여기에서는 오토 마이어 행정법학의 기초가 되는 ‘국가’ 개념은 순수하게 이론적인 것이 아니라 독일제국의 성립·발전 과정에서 오토 마이어가 자신의 경험을 바탕으로 한 것이었다고 설명한다.

다.<sup>294)</sup> 오토 마이어는 국가에 대하여 다음과 같이 설명한다.

“국가는 어떤 민족이 역사 속에서 자신들의 특징을 발전시키고 세력을 얻기 위하여 통합하여 결성한, 잘 정돈된 ‘공동체’(Gemeinwesen)이다. 공동체를 위하여, 그리고 공동체의 목적(Zweck) 달성을 위하여 수행되는 다양한 활동들을 일반적으로 행정이라고 부를 수 있다.”<sup>295)</sup>

“다른 모든 공동체들과 비교할 때, 국가는 그 공동체의 특정 관할구역 안에 속하는 모든 사람들을 위하여 최고의 권력, 즉 국가권력(Staatsgewalt)을 가지고 있다는 점에서 구별된다.”<sup>296)</sup>

오토 마이어에 있어 국가란 고유의 목적을 가지는 공동체이다. 인간에게는 여러 공동체가 있을 수 있는데, 그 중에서 최고의 권력을 가지고 있는 공동체를 국가로 인식하고 있다. 국가는 특정한 목적 즉 ‘국가목적’(Staatszweck)을 달성하고자 하는 인간들의 공동체인데, 그 공동체는 “장래의 역사적 위대성을 위해 구성원들을 희생시킬 수 있는”<sup>297)</sup> 특성을 갖는 것이다.<sup>298)</sup>

국가는 공동체로서 구성원 개개인의 이익과 목적을 초월하여 그 스스로의 목적과 이익을 갖게 된다.<sup>299)</sup> 오토 마이어의 국가관은 국가를 실질적인 이성 이 직접적으로 실현된 정신으로, 최고의 절대적인 힘을 가진 공동체로 보는 헤겔 철학의 영향을 받은 것으로 평가되고 있다.<sup>300)</sup>

## 2. ‘영조물’로서의 국가

---

<sup>294)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.19 참조.

<sup>295)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.1.

<sup>296)</sup> Ebenda, S.1.

<sup>297)</sup> Ebenda, S.15.

<sup>298)</sup> Ebenda, S.15 참조.

<sup>299)</sup> 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 17면 참조.

<sup>300)</sup> Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S.57-58 참조.



오토 마이어는 더 나아가 역사적·철학적·정치적 이해를 넘어 국가를 법학적으로 파악하려고 하였다. 그는 ‘법제도’(Rechtsinstitut)로서의 국가를 법인(juristische Person)이 아닌, ‘영조물’(Anstalt)로 이해하였다.<sup>301)</sup> 영조물로서의 국가는 “일정한 목적을 실현하기 위한 인적·물적 결합체”<sup>302)</sup>를 의미한다. 영조물로서의 국가는 개인들 위에 존재하며, “개인의 이익의 총합이 아닌 보다 높은 일반적인 전체이익을 형성하는 목적에 우선적으로 기여하는 공동체”<sup>303)</sup>가 된다.

이러한 공동체로서의 국가는 공동체를 구성하는 개개인의 개인적인 이익과 목적을 초월하는 존재가 되어, 그 자체의 목적과 이익을 가지게 된다. 오토 마이어는 역사적으로 형성되어 온 국가가 스스로의 ‘국가목적’을 갖는 것을 전제하고 있다. 즉, 경찰국가에 관한 설명에서, 군주는 국가목적 추구라는 임무의 고유한 주체이고, 관료들은 군주의 지휘를 받아서 국가사무를 국가목적의 이익에 맞게 처리할 의무를 갖는다고 설명한다.<sup>304)</sup> 또한 자유재량행위에 있어서도 ‘공동체 이익의 고려’(Erwägung des Gemeinwohles)를 언급하고 있다.<sup>305)306)</sup>

국가의 의사는 구성원들에 대한 법적인 지배권으로 나타나게 되는데, 이것

301) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 17면; 임현, 『오토 마이어 행정법학의 현대적 해석』, 1998, 고려대학교 석사학위논문, 78면; 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 9면; Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S.59-69 등 참조. 법인격으로서의 영조물이 아닌 법적 형식으로서의 영조물로 파악한 것으로 보는 견해로 최계영, 전게서, 9면 참조.

302) 박정훈, 전계논문, 17면.

303) 최계영, 전게서, 9면.

304) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.39 참조.

305) Ebenda, S.99 참조.

306) 국가목적으로서의 ‘공익’(öffentliches Interesse)에 대하여도 오토 마이어는 법적으로 파악하고 있다. 그에 따르면 “공익은 공법의 경계설정에 있어서 스스로의 중요성을 갖는데, 다만 간접적으로, 그리고 법적으로 중요한 공권력이 관련되는 범위에서만 그러하다.”고 한다. Ebenda, S.15 참조.

이 바로 국가의 ‘공권력’(öffentliche Gewalt)이다. 오토 마이어는 국가는 그 ‘공동체로서의 본성’(Natur als Gemeinwesen)에서 공권력이라는 특별한 법적 효력을 인정받게 된다고 설명한다.<sup>307)</sup> 이러한 공권력이 최고 정점에서 나타나는 곳에서, 이를 국가권력, 즉 ‘주권’(Souveränität)으로 부르게 된다는 것이다.<sup>308)</sup> 그리고 공법이란 이러한 “공권력 관계의 질서를 정한 것”<sup>309)</sup>이라는 성격을 갖게 된다.

## II. 헌법국가

### 1. 행정법의 전제조건

오토 마이어는 “헌법국가는 우리의 행정법의 전제조건이다.”<sup>310)</sup>라고 하여, 독일 행정법의 전제조건으로 ‘헌법국가’(Verfassungsstaat)를 제시하고 있다. 최고 권위로서의 주권을 가지는 공동체인 국가에서, 헌법은 최고 권위인 주권이 형성되고 통제되는 규칙을 의미한다.<sup>311)</sup> 오토 마이어의 『독일행정법』 제1판이 출간되던 1895년 당시 독일에서는 1871년 제정된 독일제국헌법이 시행 중이었지만, 당시의 헌법에는 기본권 규정이 존재하지 않고 통치구조에 관한 규정만 존재하였으므로, 헌법국가는 “헌법에 의하여 통치구조가 규율되는 단계의 국가”<sup>312)</sup>를 의미하게 된다.

당시의 헌법국가는 프랑스 대혁명의 영향으로, 입법·사법·행정의 국가작용이 권력분립의 원칙에 따라 나누어져 있는 헌법을 가진 국가를 의미했다.<sup>313)</sup> 오토 마이어는 여기에 더하여 역사적 발전과정에서의 ‘특별한 추가

---

307) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.14-15 참조.

308) Ebenda, S.15 참조.

309) Ebenda, S.15.

310) Ebenda, S.55.

311) Ebenda, S.1 참조.

312) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 21면.

물'(besondere Zutat)이 있음을 강조하였다. 즉, 헌법이 “입법과정에서의 참여를 통해 국가권력에 대한 일부의 몫을 국민의 대표에게 주는 경우”<sup>314)</sup>에만 그러한 국가를 헌법국가로 불러야 한다고 하여, 국민 대표로 구성되는 의회에 입법권이 부여되어 있는 헌법을 가진 국가를 헌법국가로 정의하였다.<sup>315)</sup> 이러한 헌법국가는 오토 마이어에 있어서 행정법의 전제조건이 된다.<sup>316)</sup>

## 2. 권력분립

### (1) 헌법국가와 권력분립

오토 마이어는 자신의 행정법의 전제조건인 헌법국가에서는 ‘권력분립’(Trennung der Gewalten)이 중요하다고 설명한다.<sup>317)</sup> 권력분립 사상은 “오토 마이어 행정법의 출발점”<sup>318)</sup>이고, 그의 인식에 따르면 모든 근대적 헌법 국가의 공통자산(Gemeingut)이다.<sup>319)</sup> 오토 마이어는 프랑스에서도 오랫동안 반대의견이 있었던 권력분립론을 모방하고 수용하였음을 인정하면서, 권력분립 사상에 대한 정확한 이해가 중요함을 강조하였다.<sup>320)</sup>

오토 마이어에 따르면, 권력분립론은 ‘자유로운 정치’라는 정치적 목적을 가지고 영국에서 고안된 것으로, 강력한 국가권력을 어느 하나의 의사주체에게 단일하게 주어서는 안 되고, 다양한 의사주체에게 분배하여야 한다는 원칙이다.<sup>321)</sup> 특히 오토 마이어는 존 로크(John Locke)를 권력분립 이론의 창

<sup>313)</sup> Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.35 참조.

<sup>314)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.1.

<sup>315)</sup> Ebenda, S.1 참조.

<sup>316)</sup> Ebenda, S.55 참조.

<sup>317)</sup> Ebenda, S.55 참조.

<sup>318)</sup> 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 20면.

<sup>319)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.2 참조.

<sup>320)</sup> 오토 마이어는 『프랑스행정법의 이론』 제1장에서 ‘권력분립’을 설명한다.

시자로 소개하면서, “본질적으로 두 가지의 권력이 중요하다: 입법권과 집행권이 그것이다. 소위 재판하는 권력 — 사법권 — 은 사람들이 주로 구별하지만 독자적인 의미가 없다.”<sup>322)</sup>고 하여, 존 로크의 입장과 마찬가지로 입법권과 집행권 이권(二權)의 분립이 중요하다는 점을 강조한다.<sup>323)</sup>

오토 마이어는 존 로크에 있어서는 사법권이 입법권에 포함되어 있다고 하고, 몽테스키외(Montesquieu, Charles De)에 대하여는 존 로크를 모방하려고 한 사람으로 소개하면서, 존 로크의 이권분립을 모방하여 처음에는 사법권을 집행권에 포함시켰다가 나중에 독자적인 명칭을 부여한 것이었다고 설명한다.<sup>324)</sup> 그리고 입법권과 집행권이라는 단지 두 개의 권력만이 있을 수 있다는 것은 통설적 견해로 간주되고 있다고 설명한다.<sup>325)</sup> 이러한 점에서 오토 마이어는 존 로크의 이권분립설을 따르고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>326)</sup>

## (2) 입법과 집행의 관계

오토 마이어는 국가권력을 ‘규범의 창출’이라는 하나의 측면과 ‘국제법적 목적과 법률의 실현’이라는 다른 하나의 측면으로 구분하는데,<sup>327)</sup> 전자는 입법권, 후자는 집행권에 해당한다. 권력분립에 따른 입법권과 집행권 사이의 권한분배는 두 가지 의미를 갖는 것으로 설명되는데, 첫째는 법이 입법과 집행 사이에서 ‘관할결정’(Zuständigkeitsbestimmung)을 한 것이라는 성격이고, 둘째는 법이 입법과 집행에 서로 다른 법률적 성격을 부여하였다는 것<sup>328)</sup>,

<sup>321)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.57.

<sup>322)</sup> Ebenda, S.56.

<sup>323)</sup> Ebenda, S.56 참조.

<sup>324)</sup> Ebenda, S.56(Fn.3) 참조.

<sup>325)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.1(Fn.2) 참조.

<sup>326)</sup> 오토 마이어의 ‘국가권력의 二分’에 대한 인식에 대하여는 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 16면 이하; 同人, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 180-181면 등 참조.

<sup>327)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.3 참조.

즉, 입법과 집행이 각자 자기에게 속한 관할권을 다루는 법률적 특성과 효력의 차이라는 성격에 있는 것으로 설명된다.<sup>329)</sup> 이에 대한 오토 마이어의 설명을 구체적으로 살펴본다.

#### 1) 관할결정: 법률유보

오토 마이어에 따르면, 헌법은 입법과 집행에 서로 다른 관할권을 할당하는데, 그러한 관할권은 국가 작용의 모든 영역을 포함한다.<sup>330)</sup> 즉, 입법권 또는 집행권이 국가작용의 모든 영역에 대하여 관할권을 갖게 되는 것이다. 그런데 이러한 입법권과 집행권의 관할권은 서로 중첩될 수도 있고 어느 한 쪽에 독점적으로 속하게 될 수도 있는 것이다. 여기에서 관할권이 입법권과 집행권 중에서 어느 한 쪽에 독점적으로 속하는 경우를 ‘유보’(Vorbehalt)라고 하는데, 만약 관할권이 어느 한 쪽에 독점적으로 속하게 되는 경우에는 입법권과 집행권 중 다른 한 쪽이 여기에 개입하게 되면 이것은 헌법위반이 된다고 한다.<sup>331)</sup>

입법권에 관할권이 독점적으로 속하는 경우, 집행권이 법률의 유보 없이 개입하면 헌법위반이 된다. 법률유보의 가장 중요한 원칙은 헌법이 개인에게 국가 권력에 대하여 어떤 부인할 수 없는 자유를 인정한다는 것이다. 만약 법률에 의한 유보가 없는 한, 그 영역에서 집행권은 배제되는 것이다. 그래서 소유권 박탈, 조세부과, 행정강제 등을 통하여 개인에게 발생하는 모든 유보된 침해는, 법률에 따라서 실행되거나 허용되는 것이 된다.<sup>332)</sup> 이러한 ‘유보’ 개념을 통하여 권력분립론은 법치국가론으로 연결된다.

#### 2) 법률적 특성과 효력의 차이: 법률의 우위

---

<sup>328)</sup> Otto Mayer, *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, 1886, S.4 참조.

<sup>329)</sup> Ebenda, S.5 참조.

<sup>330)</sup> Ebenda, S.4.

<sup>331)</sup> Ebenda, S.4 참조.

<sup>332)</sup> Ebenda, S.4 참조.

다음으로, 오토 마이어는 권력분립은 입법과 집행에 각각 다른 법률적 특성과 효력을 부여하였다는 기준을 통하여 입법과 집행을 비교한다. 입법은 직접적 구속력이 있는 일반적 규율인 ‘법규’를 만들 수 있는 능력을 말한다. 그런데 입법이라는 권력이 부여받은 법률적 특성과 효력에 따라, 입법은 일반적 규율만을 만들 수 있는 것에 그치지 아니하고, 입법과 집행이 공동의 관할권을 가지고 있는 개별적 행위에 대하여서도 입법에 관할권이 유보된 영역인 일반적 규율에 대한 것만큼 관할권을 행사할 수 있다는 것이다.<sup>333)</sup> 이러한 과정을 통하여 입법이라는 형식 속에 들어 있는 입법자의 의지는 개별적 행위에도 직접적으로 구속력을 가지게 되고, 그 결과 법률의 집행권에 대한 우위라는 효력이 인정되는 것이다.<sup>334)</sup>

또한 법률이 일단 공포되고 나면, 집행권은 오직 그 법률을 집행할 수 있을 뿐이고 또한 집행하여야 하는 성격을 갖는다. 집행권은 “법률과 모순되는 국가의 의지를 나타낼 수 없고, 그 작용을 통하여 법률의 의지를 속행하여야 하고 완성하여야 하는 임무를 맡는”<sup>335)</sup> 성격을 부여받게 되었다고 한다. 이러한 설명을 통하여 ‘법률의 우위’(Vorrang des Gesetzes)가 도출된다.<sup>336)</sup>

### (3) 권력분립과 법치국가

오토 마이어는 로크의 이권분립설을 원칙적으로 따랐지만, 실제 그의 권력분립론은 입법에 최상위의 권력을 인정하는 특성을 가진다. ‘관할권의 결정’과 ‘서로 다른 법률적 특성과 효력’이라는 두 가지 기준을 통하여 오토 마이어는 집행권에 대한 법률의 우위와 법률유보를 도출하였는데, 이것은 오토 마이어의 법치국가에서 핵심을 이루는 요소가 된다.<sup>337)</sup> 그러한 의미에서, 오

<sup>333)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.5 참조.

<sup>334)</sup> Ebenda, S.5f 참조.

<sup>335)</sup> Ebenda, S.6.

<sup>336)</sup> ‘법률의 우위’ 원칙에 대하여는 후술한다.

<sup>337)</sup> 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 20면 참조.

토 마이어가 법치국가 행정법의 전제조건으로 이해한 헌법국가의 핵심적 요소를 이루는 권력분립은 결국 오토 마이어에 있어서 행정법의 전제조건이 되는 것이라 할 수 있다.

### 3. 법률의 지배

#### (1) 의의

오토 마이어는 권력분립은 법률의 지배를 사법(司法)의 영역에서뿐만 아니라 행정의 영역에서도 확보한 것이라고 설명한다.<sup>338)</sup> 그는 법률의 지배에 대한 설명을 ‘국가의사’(Staatswille) 개념으로부터 시작한다.<sup>339)</sup> 오토 마이어에 따르면, 최상위의 의사로서의 국가의사는 국가의 이름으로 국가기관에 의하여 표시되고, 그러한 의지는 공권력을 부여받으며, 공권력의 힘에 의해 국민에 대한 관계에서 법적으로 보다 우월한 의사로서 효력을 갖는다.<sup>340)</sup> 이러한 국가의사는 동일한 효력과 가치를 갖는 것이 아니라, 어떠한 기관에 의하여 나타나는가에 따라 차등적 성격을 가지고, 여기에서 국가행정의 내부적 질서가 나타난다고 한다.<sup>341)</sup>

국가의사 중에 최고의 유형은 법률의 이름으로 표현되는 국가의사, 즉 법률의 형태로 나타나는 국가의사이다. 법규를 만들 수 있는 능력을 국가의사에 부여하는 힘을 입법권이라 하는데, 이러한 입법권에 의하여 법률의 형태로 나타나는 국가의사가 다른 형태로 나타나는 국가의사보다 법적으로 보다 높은 가치를 갖게 된다고 한다.<sup>342)</sup>

오토 마이어는 법치국가의 전제를 헌법국가로 보았는데, 그의 헌법국가에서는 이러한 법률은 의회에 의해서만 나타날 수 있고, 법률은 집행권에 대하

---

<sup>338)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.62 참조.

<sup>339)</sup> Ebenda, S.64 참조.

<sup>340)</sup> Ebenda, S.64 참조.

<sup>341)</sup> Ebenda, S.64 참조.

<sup>342)</sup> Ebenda, S.64 참조.

여 우월한 지위를 갖는다. 그러한 지위는 “법률이 헌법에 따라 이미 사법권에서 차지하고 있는 지위를 그대로 따르는 것”<sup>343)</sup>이었다.

## (2) 구성요소

오토 마이어는 법률의 지배를 구성하는 세 가지 요소로 법률의 법규창조력, 법률의 우위, 그리고 법률유보를 설명한다. 먼저 헌법에 따라 제정된 법률은 법규를 만들 수 있는 능력을 갖고, 이러한 법률을 헌법에 따라 제정·공포할 수 있는 능력은 예전에는 군주와 의회에 속하였지만, 이제는 의회에만 전속적으로 속하는 것이라고 설명한다. 법률은 법규를 창조하는데, 그러한 법규를 행정을 위하여 제공해 주어야 하는 역할을 담당한다.<sup>344)</sup>

다음으로 오토 마이어는, 가장 강력한 유형의 국가의사인 법률이 다른 모든 국가의사의 표시보다 법적으로 우월한 효력이 인정되는 것을 ‘법률의 우위’로 설명한다.

“법률은 오로지 법률에 의하여서만 폐지될 수 있고, 법률과 모순되는 것은 법률의 입장에서 모두 효력이 없도록 한다. 이것이 바로 우리가 말하는 법률의 우위이다.”<sup>345)</sup>

오토 마이어는 이어서, 집행권의 성격으로부터 ‘법률유보’의 필요성을 도출한다. 즉, 집행권은 사법권에 비하여 법률에의 종속성이 약하고 그 자체로 보다 자유로운 성격을 갖기 때문에, 사법권의 판결이 법규 이외의 다른 것에 기초를 둘 수 없는 것과는 달리, 집행권은 자신이 가지고 있는 힘을 법률의 근거가 없더라도 실현시킬 수 있는 성격을 가지고 있음을 지적한다.<sup>346)</sup> 그리고 이와 같이 집행권이 법률의 근거 없이도 독자적으로 조치를 취하는 것을

<sup>343)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.65.

<sup>344)</sup> Ebenda, S.73 참조.

<sup>345)</sup> Ebenda, S.68.

<sup>346)</sup> Ebenda, S.69-70 참조.



배제하기 위하여 ‘법률유보’ 개념이 필요하다고 주장한다.

“행정 작용은 사법 작용과 같은 그 정도로 법률에 종속적이 될 수는 없다. (중략) 모든 측면에 있어서, 집행권은 그 자체로 자유롭다; 집행권은 자신이 가지고 있는 힘을 법률의 근거가 없더라도 실현시킨다. 우리는 집행권의 독자적인 행동(조치들)의 배제를, 법률의 유보라고 부른다.”<sup>347)</sup>

오토 마이어에 따르면 이러한 법률유보는 집행권을 제한하는 측면으로만 작용하는 것이 아니라, 오히려 ‘권한 확대’(Machterweiterung)로 작용하기도 한다.<sup>348)</sup> 즉, 법률유보를 통하여 집행권은 자유권과 소유권에 대한 침해로 내용으로 하는 법률과 결합하여, 그 법률의 구속력의 힘으로 개별 사안에서 개인의 자유권과 소유권을 침해하는 내용의 집행권 행사를 할 수 있게 된다는 것이다.<sup>349)</sup>

“집행권은 법률을 따라 금지된 영역 안으로 들어갈 수 있게 된다.”<sup>350)</sup>

### 제3절 오토 마이어의 행정

오토 마이어는 행정 개념에 대한 논의를 국가 개념에서부터 출발하여, “공동체로서의 국가의 목적을 실현하기 위한 활동”<sup>351)</sup>을 의미하는 일반적 의미의 행정에서 자신의 ‘행정’ 개념을 도출하려 한다.

---

<sup>347)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.69-70.

<sup>348)</sup> Ebenda, S.72 참조.

<sup>349)</sup> Ebenda, S.72-73 참조.

<sup>350)</sup> Ebenda, S.73.

<sup>351)</sup> Ebenda, S.1.

## I. 행정 개념의 전제인 사법과 입법

### 1. 의의

오토 마이어에 따르면, 행정법학의 연구대상인 행정의 개념은 국가의 세 가지 작용인 입법 및 사법 개념과 함께, 개념 필연적인 용어 자체의 개념으로부터는 도출될 수 없고, 역사적으로 그 개념이 성립되어 온 특성을 포착하여 이해되어야 한다.<sup>352)</sup>

원래 입법(Gesetzgebung), 사법(Justiz), 행정(Verwaltung) 개념은 국가작용이라는 이름으로 불렸으나, 단계적으로 사법이 먼저 국가작용에서 분리되고 새로운 헌법의 형성과 함께 입법이 분리되었고, 나머지 국가작용 중에서 “국가 목적을 실현하기 위한 나머지 활동”<sup>353)</sup>이 통치(Regierung)작용을 남겨둔 채 분리되었는데 이것이 행정이라고 설명한다.<sup>354)</sup>

### 2. 국가작용으로부터 사법(司法)의 분리

#### (1) 종래의 사법 개념

‘사법’(Justiz)이란 종래에는 국가가 고권적 권위를 가지고 법질서 유지를 위해 수행하는 국가 활동을 의미한 것이었다면, 이제는 민사재판소와 형사재판소의 구성이라는 역사적 요소를 포함하여 새로운 개념으로 사법을 정의할 수 있게 되었다고 설명한다.<sup>355)</sup> 그에 따라, 오토 마이어는 사법을 “법질서 유지를 위한 고권적 작용으로, 정식 재판소에 의한 작용”<sup>356)</sup>으로 정의한다.

---

<sup>352)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.3 참조.

<sup>353)</sup> Ebenda, S.2.

<sup>354)</sup> Ebenda, S.2 참조.

<sup>355)</sup> Ebenda, S.5 참조.

<sup>356)</sup> Ebenda, S.5.

## (2) 새로운 사법 개념

새로운 개념에 따르면 사법은 민사재판소와 형사재판소와 같은 정식의 ‘정규 재판소’(ordentliche Gericht)라는 인적 요소와 ‘공동체를 위한 공적 작용’이라는 실체적 요소를 모두 충족시켜야 한다.<sup>357)</sup> 두 가지 요소 모두를 충족시켜야만 사법 작용이 될 수 있으므로, 모든 종류의 공증(Beurkundung), 인가(Genehmigung), 감독조치(Beaufsichtigung) 등과 같이 사익의 보호나 후견적 보호의 실행을 위하여 행하여지는 ‘비송사건’(freiwillige Gerichtsbarkeit)에 속하는 공적 행위들은 그 내용과 형식은 정규 재판소의 활동에 상응하는 것이어서 실체적 요소는 충족하지만, 정규재판소가 아닌 ‘행정관청’이 수행하고 있으므로 인적 요소를 충족하지 못하여 결국 ‘사법’의 개념에서 제외된다고 한다.<sup>358)</sup> 마찬가지로 ‘행정사법’(行政司法; Verwaltungsrechtspflege)은 실질적으로는 완벽하게 민사재판과 동일한 본성을 가지지만, 활동의 주체가 정규 재판소가 아니라 행정관청에 해당하는 행정재판소이므로, 인적 요소를 충족하지 못하여 사법의 개념에 포함되지 않게 된다.<sup>359)</sup>

## 3. 국가작용으로부터 입법(立法)의 분리

### (1) 종래의 입법 개념

오토 마이어에 따르면, 입법 개념은 종래에는 법규를 정립하는 최고 권력자로서의 왕의 활동을 의미하는 것이었는데, 헌법국가의 도래에 따라 ‘국민대표의 협력’이라는 역사적 요소에 의한 개념적 추가물을 포함하게 되었다고

<sup>357)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.5-6 참조.

<sup>358)</sup> Ebenda, S.6 참조.

<sup>359)</sup> Ebenda, S.6-7 참조. 한편, 오토 마이어는 그밖에 물적 행정이나 건물 관리와 같은 법원행정 사무의 경우에는 재판소가 수행하기 때문에 인적 요소는 충족하지만, 공동체 보호를 위한 고권적 활동이라는 실체적 요건에 해당하지 않으므로 ‘사법’의 개념에서 제외된다고 한다. Ebenda, S.7 참조.

한다.<sup>360)</sup> 즉 최고의 권위에 의한 법규의 제정 작용이라는 점에서 종래의 정의와 동일하나, 이러한 작용이 국민대표기관을 통해서 승인되어야 하는 요건이 추가된 것이다.<sup>361)</sup>

## (2) 새로운 입법 개념

새로운 개념에 따르면, ‘입법’ 개념은 그 작용의 실체적 요소로서 법규를 정립하는 국가작용이라는 요건과, 인적 요소로서 국민 대표기관의 협력과 승인이라는 활동주체의 요건을 모두 충족시킬 것을 요구받게 되었다.<sup>362)</sup> 그 결과, 종래 왕에 의해서 또는 의회 밖에서 법규를 결정할 수 있었던 ‘명령’(Verordnung)의 형식은 국민 대표기관의 협력과 승인이라는 인적 요소를 충족하지 못하기 때문에 더 이상 입법의 개념에 포함되지 못하게 되었다.<sup>363)</sup>

## II. 행정 개념의 소극적 정의

### 1. 입법과 사법 개념의 확장을 통한 행정의 개념 정의

#### (1) 행정의 개념: 입법이나 사법이 아닌 것

오토 마이어는 입법·사법의 개념 정의에 있어, 무엇보다도 새로운 개념적 요소로 추가한 ‘인적 요소’를 중시하였다. 입법에 있어서는 ‘국민대표기관인 의회’의 권력으로부터 기인한 작용이면 입법으로 보았고, 사법의 경우 ‘정식 재판소’로부터 분리되면 곧바로 행정으로 보았다. 여기에서 오토 마이어의 행정 개념이 일차적으로 도출된다. 즉, 행정이란 “국가 활동으로서 입법이나

<sup>360)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.4 참조.

<sup>361)</sup> Ebenda, S.4 참조.

<sup>362)</sup> Ebenda, S.4-5 참조.

<sup>363)</sup> Ebenda, S.5 참조.

사법이 아닌 것”<sup>364)</sup>을 의미하게 되는 것이다.

## (2) ‘헌법적 보조작용’의 분리

그러나 국가 활동으로서 입법이나 사법이 아닌 것이 모두 오토 마이어의 행정 개념에 속하는 것은 아니다. 오토 마이어는 우선 그러한 작용 중에서 ‘헌법적 보조작용’(verfassungsrechtliche Hilfstätigkeit), 즉 헌법이 제대로 갖추어지고 작동하기 위해 필요한 여러 가지의 사무처리 작용을 제외하였다. 오토 마이어는 헌법적 보조작용의 유형으로 두 가지를 들고 있다.

오토 마이어가 제시하는 헌법적 보조작용의 첫 번째 유형은, 국가의 이름으로 행하는 작용이 아닌 최고 권위의 내부적 과정에 불과한 행위이다. 그 예로는 군주의 양위, 제국 의회의 해산, 국민투표 결정, 제국의회에 의한 제국 대통령의 해임신청 등이 있다. 다음으로, 헌법적 보조작용의 두 번째 유형은 국가의 행위가 첫 번째 유형과는 달리 국가의 내적 영역을 떠나서 대외적으로 등장하는 경우에도 헌법상황에 대한 단순한 ‘보충적 성격’만을 갖는 경우를 말하는 것이다. 여기에는 의회의 선거를 위한 선거 공고와 선거 시행, 국가 영토의 변경을 위한 결정, 연방에의 편입 또는 축출 등이 포함된다고 한다.<sup>365)</sup>

## 2. 행정 개념에 대한 새로운 역사적 추가물: 법치국가의 요청

다음으로, 행정 개념도 입법과 사법 개념과 마찬가지로 ‘역사적으로 새로운 추가물을 얻게 되었음’을 강조하는데, 그것은 바로 새로운 헌법의 도입에 따른 “법치국가의 요청”<sup>366)</sup>(Forderung des Rechtsstaates)이다. 즉, 국가목적 실현을 위한 활동이라고 하더라도 “새롭게 만들어진 형태의 입법기관에 의

<sup>364)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.7.

<sup>365)</sup> Ebenda, S.7-8 참조.

<sup>366)</sup> Ebenda, S.9.

한 입법에 따른 국가의 법질서 아래에 있어야<sup>367)</sup> 하는, 즉 입법에 복종하여야 한다는 요청에 구속되어야 한다는 것이다.<sup>368)</sup> 이러한 요건을 갖춘 작용만이 행정의 개념에 포함되게 된다.

그 결과, 국가목적 실현을 위한 활동 중에서 법질서의 영역을 벗어나거나, 법질서를 어기게 되는 활동들은 모두 행정의 개념을 벗어나 제4의 영역인 ‘통치’(Regierung)의 영역에 머무르게 되었다.<sup>369)</sup> 오토 마이어에 따르면, 법질서 영역을 벗어나는 국가 목적의 실현 작용은 행정에 포함되지 않고 통치의 영역에 남게 되는데, 국제법 관계와 전쟁의 수행이 여기에 해당한다고 한다. 국제법 관계는 국가 목적의 실현 작용에 해당하지만, 법질서의 규율 아래에 있지 않고 국제법의 적용대상이므로 행정의 개념에 포함되지 않게 된다. 전쟁 수행의 경우에도 마찬가지로 국가목적의 실현 작용에 해당하지만, 국제법의 적용대상이므로 행정이 아닌 다른 영역에 포함된다. 오토 마이어는 그 외에도 내전, 폭동의 진압, 군사명령 등을 이러한 유형으로 제시하였다.<sup>370)</sup> 다음으로, 오토 마이어는 ‘법질서를 어기게 되는 국가목적 실현 작용’에 해당하여 ‘통치’의 영역에 남게 되는 대표적인 예로 ‘국가긴급권’(Staatsnotrecht)을 들고 있다.<sup>371)</sup>

## 제4절 비교 및 평가

### I. 국가

로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어는 모두 ‘국가’에 대하여는 헤겔의 사상에

---

<sup>367)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.9.

<sup>368)</sup> Ebenda, S.9 참조.

<sup>369)</sup> Ebenda, S.9-11 참조.

<sup>370)</sup> Ebenda, S.9-10 참조.

<sup>371)</sup> Ebenda, S.11 참조.

기초를 두고, 국가를 유기체적으로 이해하고 그 자체의 목적을 가진 조직으로 파악하고 있다는 점에서는 공통점이 있다. 다만, 로렌츠 폰 슈타인은 국가의 목적을 보다 강조하고, 국가를 정치적·철학적으로 이해하였음에 비하여, 오토 마이어는 국가를 ‘영조물’로 보아 법적으로 이해하였다는 점에서 차이가 있다고 할 수 있다.

국가의 ‘목적’에 대하여는, 양자 모두 그 존재를 긍정하는데, 로렌츠 폰 슈타인은 국가의 목적에 대한 적극적 실현, 즉 개인의 진정한 자유의 실현을 중시한 반면, 오토 마이어는 국가의 목적 자체는 법학의 대상으로 파악하지 않았다는 점에서, 두 사람 사이에는 국가목적에 대한 인식의 차이가 존재하는 것으로 볼 수 있다.

## II. 행정

로렌츠 폰 슈타인에 있어 행정은 국가의 목적을 달성하기 위한 적극적인 사회형성작용을 의미하는 것이었다. 그래서 그의 행정이론의 핵심 개념은 ‘일하는 국가’이다. 이 개념은 오토 마이어의 『독일행정법』에도 ‘행정을 하는 국가’(verwaltender Staat)라는 표현으로 여러 차례 나타나고 있다. 또한 오토 마이어는 행정을 기본적으로 국가의 목적 실현을 위한 작용으로 보고 있으므로, 로렌츠 폰 슈타인의 관점과 기본적인 면에서는 다르지 않은 것으로 보인다.

다만, 오토 마이어의 행정 개념에는 ‘법치국가적 요청’이 추가되었다는 점에서 로렌츠 폰 슈타인의 개념과는 차이가 있다. 오토 마이어는 법치국가의 요청을 역사적으로 수용함으로써, 행정 개념은 ‘법질서 아래에서’ 국가목적 실현하기 위하여 수행하는 국가작용으로 되었다고 설명한다. 그러한 작용 중에서 가장 먼저 분리된 사법 개념을 제외한 나머지 즉, “국가의 법질서 아래에서, 국가의 목적을 실현하기 위한 국가 활동으로, 사법 이외의 것”<sup>372)</sup>이 최종적인 행정 개념으로 정의되었다.

<sup>372)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.13.

오토 마이어의 행정에 대한 개념 정의는 오늘날에도 행정 개념에 대한 소극설<sup>373)</sup>로 이어지고 있고, 현재 독일의 통설은 별도의 불복방법이 마련되어 있는 입법과 사법을 제외한 나머지 모든 국가작용을 행정으로 파악하여, 행정소송의 대상을 확대하기 위하여 소극설을 채택하고 있다고 한다.<sup>374)</sup> 이와 같은 행정에 대한 소극적 개념정의에 대하여는, 행정과 사법의 관계를 이해하는데 전혀 도움을 주지 못한다는 비판<sup>375)</sup>과 ‘민주’의 자각을 통한 새로운 개념적 성찰이 필요하다는 비판<sup>376)</sup>이 제기되고 있다.

한편, 오토 마이어의 행정에 대한 소극적 개념 정의는 1800년대 후반 독일에서 행정 영역이 국가의 작용 중에서 입법과 사법 영역과는 달리 부르주아 계급에 의한 근대화가 아직 달성되지 않은 영역이었다는 오토 마이어 당시의 시대 상황을 반영하고 있는 것이라는 관점에서도 설명되고 있다.<sup>377)</sup> 이와 유사한 관점에서, 오토 마이어의 행정에 대한 소극적 개념 정의는 법치국가의 확대를 위한 것으로 볼 수 있을 것이다. 즉, 오토 마이어는 행정 개념의 새로운 추가물로 ‘법치국가의 요청’을 들고 있는데, 이와 결합하여 행정 개념을 소극적으로 정의함으로써 국가작용 중에서 법질서 자체인 입법과, 법에 따른 재판을 하는 사법을 제외한 나머지 영역에서 법질서 아래로 들어오는 작용인 ‘행정’의 개념을 넓게 정의함으로써 법치국가의 적용범위를 통치작용 등 불가피한 일부 작용을 제외한 국가작용 전반으로 확대하게 된 것으로 볼 수 있을 것으로 생각된다.

<sup>373)</sup> Ehlers/Pünder(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, S.10;

Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.2-3 등 참조.

<sup>374)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 99면 참조.

<sup>375)</sup> 박정훈, 전거서, 99면 참조. 여기에서는 행정과 사법의 관계를 정확하게 파악하기 위해, 켈젠의 ‘행정과 사법의 실질적 동일성’ 테제를 활용할 것을 제안한다.

<sup>376)</sup> 박정훈, “행정법학의 과제와 임무 - 행정법학의 미래: ‘민주’ 및 ‘민주적 합의’의 자각”, 한국공법학회 2016년도 공법학자대회 자료집, 한국공법학회 (2016.12), 71면 참조.

<sup>377)</sup> Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S.13 참조.



## 제3장 행정법과 행정법학

본장에서는 국가와 행정에 대한 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 이해를 기초로, 행정에 대한 법인 ‘행정법’과 행정법의 학문인 ‘행정법학’에 대한 두 사람의 인식을 살펴본다.

### 제1절 로렌츠 폰 슈타인의 행정법과 행정법학

#### I. 행정법

##### 1. 로렌츠 폰 슈타인의 공법체계

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 국가는 유기적인 실체이므로 국가의 모든 유기적인 구성 요소들은 각자 고유한 법을 갖는다고 한다. 국가의 유기적인 체계에 따라 각 구성요소들이 갖는 법들의 체계가 ‘공법체계’가 되는데, 로렌츠 폰 슈타인은 그것을 ‘국법’(Staatsrecht)이라고 하고 그 성격을 국가 인격의 법으로 보았다. ‘국법’은 그래서 국가원수(Staatssoberhaupt)의 법, 헌정(Verfassung)의 법, 그리고 행정의 법을 포함하고, 행정의 법에는 집행권의 법과 고유한 행정의 법이 포함된다.<sup>378)</sup> 그리고 로렌츠 폰 슈타인은 행정에 고유한 법, 즉 ‘내무행정법’을 행정법으로 파악한다.

##### 2. 내무행정법

로렌츠 폰 슈타인은 내무행정을 “거대한 국가생활의 기능”<sup>379)</sup>이라고 하면

---

<sup>378)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.9-10 참조.

서, 그러한 각 내무행정의 기능 영역에 대응하는 법을 ‘내무행정법’(inneres Verwaltungsrecht)이라 하였다.<sup>380)</sup> 그에게 있어 내무행정법은 행정작용을 인도하는 공식적인 국가의 의사의 결정의 총체로서, 국가의 총체적 견해를 통하여 국가의 독자적인 내적 가치의 고유한 범위가 그 내부 제도에 나타나도록 하는 역할을 수행하는 것이다.<sup>381)</sup>

그는 이것을 내무행정법의 ‘정신’(Geist)이라고 표현하였는데, 이러한 정신은 결국에는 개별 법률(Gesetz)의 형태로 나타나고, 그러한 개별 법률은 다른 법률들과의 상호간의 연결된 관계 속에서만 파악될 수 있으며, 그래서 내무행정법은 어느 시대에도 어느 국가에서나 하나의 ‘전체’(Ganz)로 나타난다고 한다.<sup>382)</sup> 그리고 내무행정법에 대한 진정한 학문은 이러한 전체의 관점에 따라서 나아가야 한다고 한다.<sup>383)</sup>

### 3. 내무행정법의 영역

#### (1) 총론 영역

로렌츠 폰 슈타인은 집행권과 집행권의 조직·기관·법령 등에 대한 법규정의 총체로서 내무행정에 적용되는 것을 내무행정법 총론으로 파악하였다.<sup>384)</sup> 또한 그는 내무행정의 개별 영역은 그 안에 각자의 총론을 가지고 있는 것으로 이해하였다. 그래서 내무행정법의 총론은 내무행정법 전체에서뿐만 아니라, 내무행정의 개별 영역에서도 존재할 수 있다고 보았다.<sup>385)</sup>

---

379) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.41.

380) Ebenda, S.41 참조.

381) Ebenda, S.41 참조.

382) Ebenda, S.41 참조.

383) Ebenda, S.41 참조.

384) Ebenda, S.41 참조.

385) Ebenda, S.41 참조.

## (2) 개별 행정법 영역

### 1) 개별 행정법의 형성

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 개별 행정법 영역은 각 행정의 임무에 따른 독립·개별적인 영역에 적용되는 법률 또는 법률조항을 가지고 있다.<sup>386)</sup> 이러한 개별 법률 또는 법률 조항의 법형성이 진행되는 단위는 바로 ‘행정의 체계’이다.<sup>387)</sup> 즉, 행정의 체계에 따라 각 개별 영역의 법이 형성된다는 것이다.

개별 영역의 법이 형성되는 과정에 대하여, 로렌츠 폰 슈타인은 먼저 ‘정신’(Geist)에 주목한다. 그에 따르면, 행정법의 정신으로부터 개별 규정들이 발생하는데, 그러한 개별규정들은 당시에는 가장 산만한 상태로 공포되었고, 그래서 개별규정 스스로는 제도(Wesen)를 형성하기 어렵다고 한다.<sup>388)</sup>

### 2) 법률의 성격을 갖는 행정법과 명령의 성격을 갖는 행정법

로렌츠 폰 슈타인은 개별 규정들은 법형성에 이르지 못하였음을 강조하면서, ‘법률의 성격을 갖는 행정법’(gesetzmäßiges Verwaltungsrecht)과 ‘명령의 성격을 갖는 행정법’(verordnungsmäßiges Verwaltungsrecht)이라는 개념의 구별로부터 새로운 설명을 시작한다. 그에 따르면, 모든 행정법은 법률의 성격을 갖는 행정법과 명령의 성격을 갖는 행정법으로 나뉘는데, 전자는 일반적인 것을 후자는 구체적인 것을 규정하므로, 명령의 성격을 갖는 행정법은 특정한 질문과 상황에 대한 특별한 적용을 본질적으로 주요 내용으로 하게 된다고 한다.<sup>389)</sup>

---

<sup>386)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.41 참조.

<sup>387)</sup> Ebenda, S.41 참조.

<sup>388)</sup> Ebenda, S.41 참조.

<sup>389)</sup> Ebenda, S.41 참조.

그래서 ‘인간생활 전체에 대한 기초와 원리’에 대한 높은 수준의 이해를 전제로 하는 법률의 성격을 갖는 행정법과는 달리, 명령의 성격을 갖는 행정법은 ‘사물 그 자체로부터’ 생성된다고 한다.<sup>390)</sup> 법률의 성격을 갖는 행정법은 항상 ‘높은 정신적 발전단계’에 있는 반면에, 명령의 성격을 갖는 행정법은 ‘실제의 생활 속에서’ 생성된다고 한다.<sup>391)</sup> 전자는 오래 지속되지만, 후자는 빠르게 변하고, 양자는 서로 대체하면서 생활(Leben)을 완성하지만, 그 효과는 상호적이라고 한다.<sup>392)</sup>

### 3) 행정학에 의한 지도의 필요

로렌츠 폰 슈타인이 법률의 성격을 갖는 행정법 개념과 명령의 성격을 갖는 행정법 개념의 구별을 통하여 설명하고자 한 것은, 바로 행정원리에 대한 학문 즉 ‘행정학’의 필요성이다. 그는 “내무행정의 최상의 목표는 존재하는 모든 행정법을 집대성하여 법전화(Kodifikation)하는 것”<sup>393)</sup>이라고 하면서, “명령의 규정들이 확고하고 유기적인 법률로 되어가는 동안에도, 다시 명령은 법률로부터 생성되고, 법률과 함께 거대한 생활의 전체를 형성하게 된다.”<sup>394)</sup>고 한다. 그러므로 내무행정의 최상의 목표인 행정법의 법전화에는 도달하기 어렵다는 결론에 이르게 된다.<sup>395)</sup>

그의 설명에 따르면, 행정법 중에서 법률의 성격을 갖는 행정법은 인간 생활 전체에 대한 기초와 원리에 대한 높은 수준의 이해가 전제되고 있지만, 명령의 성격을 갖는 행정법은 그러하지 못하다. 그래서 로렌츠 폰 슈타인은 명령의 성격을 갖는 행정법에 대하여는, ‘학문’, 즉 ‘행정학’을 통하여 높은

---

390) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.41 참조.

391) Ebenda, S.41 참조.

392) Ebenda, S.41 참조.

393) Ebenda, S.42.

394) Ebenda, S.42.

395) Ebenda, S.42 참조.

수준의 통일체, 즉 행정법의 정신이 주어져야 한다고 설명한다.<sup>396)</sup> 그 결과로, 그는 “그래서 행정학은 행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초가 된다.”<sup>397)</sup>는 결론을 제시한다.

## Ⅱ. 행정법학

### 1. 법에 대한 인식: 인격과 생활

로렌츠 폰 슈타인은 법의 개념을 ‘인격’(Persönlichkeit)과의 관계로부터 파악한다. 그에 따르면, 법은 각 인격이 다른 인격에 대하여 위반할 수 없는 경계선이다. 인격은 각각 그 고유한 실체를 외부로 표현하게 되는데, 로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 개인의 자기결정은 본질적으로 다른 사람의 자기결정을 침해할 수 없으므로, 결국 인격의 발현 범위와 법의 경계는 동일하게 되고, 법은 인격이 형성하는 생활에 대하여 모든 활동과 모든 부분에 대하여 유효하게 된다.<sup>398)</sup> 그래서 그는 “법에 의하여 보호되는 것이 무엇인지 알고 싶다면, 인격을 통하여 무엇이 형성되었는지를 질문하여야 한다.”<sup>399)</sup>고 설명한다.

법에는 개인의 인격이 형성하는 ‘생활’의 구체적인 형성물이 포함되는데, 여기에는 철학적인 생각뿐만 아니라 객관적 사실도 포함된다. 법은 현실적인 인격을 위해서 존재하는 것이고, 본성(Natur)이나 정신(Geist)을 위해 존재하는 것은 아니며, 모든 특정한 법의 내용은 항상 ‘인격’의 본질로부터 발생하는 관계에 의한 것이어야 한다. 그래서 로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 법을 이해하기 위해서는 “법의 근원 안에 있는 ‘개인의 생활’을 이해하여야”<sup>400)</sup> 하는 것이 된다.

---

<sup>396)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.42 참조.

<sup>397)</sup> Ebenda, S.42.

<sup>398)</sup> Ebenda, S.9 참조.

<sup>399)</sup> Ebenda, S.9.

<sup>400)</sup> Ebenda, S.9.

## 2. ‘법’에 대한 학문: 법기술과 법학

로렌츠 폰 슈타인은 법을 이해하기 위해서는 법의 개별조항이 아니라, 법의 근원 안에 있는 개인의 ‘생활’을 이해하여야 한다고 하면서, 그러한 법의 이해에 이르지 못하고 단지 개별적인 조항에 대한 지식에 그치는 경우를 ‘법기술’(Rechtskunde)이라고 하여, 진정한 의미의 법에 대한 학문인 ‘법학’(Rechtswissenschaft)과 구별한다. 그는 법이 개별적인 조항에 대한 지식으로 남아 있는 경우에는 ‘법기술’에 해당하고, 개별적인 법규들을 인격의 유기적인 활동의 결과로 이해하는 경우에는 이것을 ‘법학’에 해당하는 것이라고 설명한다.<sup>401)</sup>

## 3. 행정법의 학문

### (1) 법학의 대상

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 국가는 모든 개별 인격들의 인격적인 통일체이고, 국가에 의하여 개별 인격들의 독립성이 결정되므로, 국가의 ‘생활’에는 통일성(Einheit)과 독립성(Selbständigkeit)이라는 양면이 모두 존재하게 된다. 국가 생활의 통일성과 독립성의 관계로부터 발생하는 법규들 전체를 ‘공법’이라고 하는데, 공법은 국가의 통일성과 개인 사이의 경계에 대한 내용, 즉 독립성에 대한 내용을 모두 포함하게 된다.<sup>402)</sup>

로렌츠 폰 슈타인은 공법에 있어서는 그러한 통일성과 독립성에 대한 이해가 중요함을 강조한다. 즉, 공법에 있어서 실정 규범에 대한 지식에 그치는 것은 ‘법기술’이 되고, 위와 같은 국가의 독립성과 통일성에 대한 이해로부터 ‘법학’이 발전하게 된다고 설명한다.<sup>403)</sup> 그래서 행정법의 실정 규범에

---

<sup>401)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.9 참조.

<sup>402)</sup> Ebenda, S.9 참조.

대한 지식은 행정법에 대한 ‘법학’이 아니라 ‘법기술’에 그치는 것이 되고, 행정법의 ‘학문’이 되려면, 국가의 작용인 ‘행정’에 대한 이해가 필요하게 된다는 것이다.

## (2) 행정학에 연동된 ‘행정법의 학문’

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, ‘행정법의 학문’(Wissenschaft des Verwaltungsrechts)은 가장 넓은 의미의 행정의 법, 즉 행정 기능의 중요성과 전제조건으로서의 행정의 법을 대상으로 하게 된다고 한다.<sup>404)</sup> 그렇다면 ‘행정법의 학문’은 행정의 법을 행정이라는 기능의 중요성과 전제조건으로서 연구하는 것이 되므로, 결국 ‘행정법의 학문’은 독립적인 학문이 될 수 없고, 행정을 유기적인 기능으로 보면서 한편으로 행정을 법적으로 인식되는 사실로 보는 행정학과 ‘연동된 것’(Correlat)에 불과하다는 결론에 이른다.<sup>405)</sup>

더 나아가 로렌츠 폰 슈타인은 “법체계는 유기적인 체계와 일치하는 것이고 또한 일치하여야 한다.”<sup>406)</sup>고 하면서, 행정에 고유한 법체계라는 것은 존재할 수 없다고 한다. 로렌츠 폰 슈타인에 있어서는 행정법의 지도 원리인 ‘행정학’이 행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초가 되는 것이다.<sup>407)</sup>

## 제2절 오토 마이어의 행정법

오토 마이어는 권력분립의 개념에서 도출해 낸 ‘행정’ 개념에서 출발하여

---

<sup>403)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.10 참조.

<sup>404)</sup> Ebenda, S.10 참조.

<sup>405)</sup> Ebenda, S.10 참조.

<sup>406)</sup> Ebenda, S.42.

<sup>407)</sup> Ebenda, S.42 참조.

다시 ‘행정법’의 개념을 도출한다. 본 절에서는 오토 마이어의 행정법의 개념과 공법으로서의 행정법의 성격을 살펴보고, 오토 마이어의 행정법의 체계와 행정법의 법원(法源)에 대하여 살펴본다.

## I. 행정법의 개념

‘행정법’은 ‘행정에 관련된’ 또는 ‘행정에 속하는’ 법으로 정의된다.<sup>408)</sup> 오토 마이어에 있어서 법은 권력관계를 전제로 하는 것이고, 권력관계 안의 주체는 서로 대립한다. 그리고 이러한 관계는 ‘행정’ 개념에 따라 정해진다.<sup>409)</sup>

오토 마이어의 행정은 “국가의 법질서 아래에서 국가의 목적을 실현하기 위한 국가 작용으로, 사법 이외의 것”<sup>410)</sup>을 의미하므로, 행정법이 대상으로 하는 권력관계의 한쪽 당사자는 국가로 확정되고, 행정을 하는 국가의 반대편에는 국가 아래에 놓여있는 인적 공동체와 법인이 존재하게 된다.<sup>411)</sup> 여기에서 행정법은 “행정을 하는 국가와 그와 관련되는 신민들 사이의 관계를 정하는 법질서”<sup>412)</sup>라는 개념을 획득한다.

그러나 위와 같은 개념 정의만으로는 국가와 신민들 사이에 적용되는 모든 법이 행정법이 되기 때문에, 행정법에 대한 정확한 개념 정의로는 불충분하게 된다. 국가와 신민들 사이에 적용될 수 있는 다른 법률들을 제외하고 행정에 ‘특유한’ 법으로 행정법의 개념이 좁혀진다. 즉, 행정법은 “행정을 하는 국가와 그와 관련되는 신민 사이의 관계에 특유한 법”<sup>413)</sup>이 된다.

## II. 행정법의 성격: 공법

---

408) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.13 참조.

409) Ebenda, S.13 참조.

410) Ebenda, S.13.

411) Ebenda, S.13 참조.

412) Ebenda, S.13.

413) Ebenda, S.14.



오토 마이어에 있어 ‘공법’이란, “공권력의 주체가 관련되거나, 공권력이 직접 관련되는 관계에 대한 법질서”<sup>414)</sup>를 의미하는 것이다. 오토 마이어는 사물의 본성으로부터의 필연성을 근거로 하여 행정법의 공법성을 도출한다. 행정법은 한쪽 주체를 공동체인 국가로 하는 법이기 때문에, 국가의 공동체로서의 본성에서 발생하는 공권력이 나타나게 된다. 그리고 그러한 공권력은 다른 한쪽에 대하여 우월성을 갖는다.<sup>415)</sup>

공법의 개념 징표로 오토 마이어는 ‘공익’(öffentliches Interesse)을 들고 있다. 공익 개념은 예링이 주장한 것인데, 오토 마이어는 공익이 공법의 경계 획정을 위해 중요한 의미를 가진다고 한다. 다만, 공익 개념은 간접적으로, 그리고 법적으로 중요한 공권력이 관련되는 범위에서만 공법의 경계획정에 중요한 의미를 가진다고 한다.<sup>416)</sup>

오토 마이어는 공법을 세 가지 유형으로 구분하였다. 그는 사법(司法)에 있어서의 공법, 협의의 공법, 그리고 법원조직법과 행정조직법과 같이 사법과 행정 기능을 수행하는 행정관청을 조직하는 법을 공법으로 파악하였다.<sup>417)</sup>

공법의 영역과 관련하여, 오토 마이어는 라반트가 공법의 영역을 국민에 대하여 일방적 명령과 강제를 부과하는 부분으로 한정된 것에 비해, 공익 실현을 위한 국가작용을 모두 공법에 포함시킴으로써, 공법의 인식 영역을 넓혔다는 평가를 받고 있다.<sup>418)</sup>

### Ⅲ. 행정법의 체계

#### 1. 개요

---

<sup>414)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.15.

<sup>415)</sup> Ebenda, S.14-15 참조.

<sup>416)</sup> Ebenda, S.15 참조.

<sup>417)</sup> Ebenda, S.16-17 참조.

<sup>418)</sup> 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 26-27면 참조.

오토 마이어의 『독일행정법』은 서론, 총론 및 각론의 세 부분으로 구성되어 있다. 행정법 서론에서는 행정의 개념, 행정법과 행정법학에 대하여 서술한다. 행정법 총론은 다시 세 부분으로 나뉘는데, 제1부분은 독일 행정법의 역사적 발전 단계에 대하여, 제2부분은 행정법질서의 개요에 대하여, 그리고 제3부분은 행정쟁송에 대하여 각각 설명한다. 행정법 각론은 여섯 부분으로 나누어져 있다. 행정법 각론 부분은 경찰권(제1편), 재정권(제2편), 공물법(제3편), 특별이행의무(제4편), 특별취득(제5편), 법인격 있는 행정(제6편)으로 구성되어 있다.

## 2. 행정법 총론

오토 마이어는 행정법 ‘서론’ 부분에서 행정의 개념(제1장)을 설명하고, 행정법과 행정법학(제2장)에 대하여 설명한다.<sup>419)</sup> 행정법 ‘총론’의 제1부분인 ‘독일행정법의 역사적 발전단계’ 편에서는 역사적 발전 순서에 따라 제후권(제3장), 경찰국가(제4장), 법치국가(제5장)를 설명한다. 특히 경찰국가의 장에서는 ‘국고’(Fiskus)에 대하여 상세하게 설명하고 있다.<sup>420)</sup>

다음으로 행정법 총론의 제2부분인 ‘행정법질서의 개요’ 편은 행정법 총론의 핵심적인 부분이라고 할 수 있다. 행정법질서에 대하여 오토 마이어는 법률의 지배(제6장), 행정법규의 구속력(제7장), 행정법의 법원(제8장), 행정행위(제9장), 공적 권리(제10장), 행정법제도와 민사법과의 구별(제11장) 등으로 나누어 설명한다.<sup>421)</sup> 이 중에서도 핵심을 이루는 것은 ‘행정행

419) 『독일행정법』 제1장의 내용은 본 연구의 제2장 제2절과 제3절에서, 제2장의 내용은 본 연구의 제3장 제2절과 제3절에서 각각 다룬다.

420) 『독일행정법』 제3장 및 제4장의 내용은 본 연구의 제1장 제1절에서 다룬다.

421) 『독일행정법』 제6장과 제7장, 제11장의 내용은 본 연구의 제2장 제2절 및 제3장 제2절 등에서, 제8장의 내용은 본 절에서 각각 다룬다. 다만 본 연구에서는 ‘방법론’을 중심으로 하는 연구의 목적상 『독일행정법』 제9장과 제10장의 내용은 거의 다루지 않았다. 『독일행정법』 제9장의 오토 마이어의 행정행위에 대하여는 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004,

위'(Verwaltungsakt)라고 할 수 있다. 행정행위는 “개별 사안에서 국민에 대하여, 무엇이 법이어야 하는가에 대한 결정을 하는 행정에 속하는 고권적인 요구”<sup>422)</sup>로 정의된다. 오토 마이어에게 있어 행정행위는 민사판결의 대응물로, 적법성의 자기확인력(Selbstbezeugung)이라는 독특한 효력을 갖는다.<sup>423)</sup>

다음으로, 행정쟁송 편에서는 행정심판(제12장), 행정사법(제13장), 당사자(제14장), 행정재판의 종류(제15장), 행정재판의 법적 효력(제16장), 행정에 대한 민사법원의 관할권(제17장), 위법한 직무행위로 인한 배상책임(제18장)에 대하여 설명한다.

### 3. 행정법 각론

각론 편에서는 행정법의 공법적 성격을 대표하는 경찰권과 재정권에 대하여 『독일행정법』 제1권에서 다루고 있다. 각론 제1편인 경찰권에서는 경찰 개념의 발전단계(제19장), 경찰권의 한계(제20장), 경찰하명(제21장), 경찰허가(제22장), 경찰벌(제23장), 경찰강제로서 경찰상 강제집행(제24장), 직접강제(제25장), 실력사용을 통한 강제의 특성(제26장) 등을 다루고 있다.

각론 제2편인 재정권에서는 조세부과(제27장), 조세부과에 있어 국가와 국민의 권리(제28장), 완화된 납세의무(제29장), 재정하명(제30장), 재정벌(제31장), 재정강제(제32장) 등을 다루고 있다.

각론 제3편인 공물법에서는 공용수용의 절차(제33장), 공용수용의 효과(제34장), 공용재산의 범위(제35장), 공용재산의 법질서(제36장), 공물의 사용권과 공동사용(제37장), 사용허가(제38장), 임대사용(제39장), 강요된 공법상 사용(제40장), 공법상 소유권제한(제41장) 등을 다루고 있다.

---

서울대학교 석사학위논문 참조. 『독일행정법』 제10장의 공적 권리에 대하여는 김성수, “오토 마이어- 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가”, 공법연구, 제45집 제2호(2016.12), 237-238면 참조.

<sup>422)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.93.

<sup>423)</sup> 최계영, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 174-204면 참조.

각론 제4편인 특별채무(특별이행의무) 편에서는 공적근무(제42장), 국가직에의 고용(제43장), 강제근무와 맡겨진 명예직(제44장), 근무권(제45장), 근무관계에서 재산상 청구권(제46장), 공적 부담(제47장), 우선부담과 단체부담(제48장) 등을 다루고 있다.

각론 제5편인 특별취득 편에서는 공기업의 사용(제49장), 경영자의 권리와 의무(제50장), 보장된 영조물용익권(제51장), 영조물용익권의 부수적 권리(제52장), 공법적 배상(제53장), 배상사건의 불규칙적인 유형(제54장) 등을 다루고 있다.

각론 제6편인 ‘법인격 있는 행정’ 편에서는 공법상 법인격(제55장), 법인격 있는 공적 영조물(제56장), 공적조합(제57장), 지방자치단체(제58장), 단체대표권(제59장), 행정주체의 협력(제60장), 국가감독(제61장) 등을 다루고 있다.

#### IV. 행정법의 법원

오토 마이어는 행정법의 법원을 당시의 전형적인 분류에 따라 법률, 명령, 자치규정(정관), 관습으로 나누어 설명한다.<sup>424)</sup> 법치국가의 전제가 되는 헌법 국가에서는 정규의 법원은 오로지 법률과 법률로부터 도출된 유형으로서 법규로부터 만들어진 것만 있을 수 있다고 한다.<sup>425)</sup>

##### 1. 법률

오토 마이어는 행정법 법원 체계의 최상위에 ‘헌법에 따라 제정된 법률’(verfassungsmäßiges Gesetz)이 있다고 한다.<sup>426)</sup> 헌법에 따라 제정된 법률이란 오토 마이어에 따르면, 라반트가 말하는 ‘형식적 의미의 법률’에 해당하는 것으로, 국민의 대표로 구성된 의회에 의하여 만들어진 법률의 형태를

---

<sup>424)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.81 참조.

<sup>425)</sup> Ebenda, S.81.

<sup>426)</sup> Ebenda, S.81 참조.

가진 것을 의미<sup>427)</sup>하고, 그러한 법률은 정당하게 공포(Veröffentlichung)될 것을 요건으로 하는 것이다.<sup>428)</sup>

## 2. 명령

다음으로, 오토 마이어는 법률의 형태를 가지고 있지는 않지만 법적 효력을 가지는 국가의 의사표시에 해당하는 ‘명령’(Verordnung)을 행정법의 법원으로 설명한다.<sup>429)</sup> 이러한 명령은 법률의 형태로 되어 있지 않고, 또한 행정권은 입법권과는 달리 법규를 창조할 수 있는 능력을 갖고 있지 않기 때문에, 법규를 창조할 수 있는 능력을 가지고 있는 입법권으로부터 특별한 위임을 받아야만 법규로서의 명령을 발할 수 있게 된다.<sup>430)</sup> 이러한 위임은 개별 법률의 명시적 수권에 의하여야 하는데, 개별 법률은 다시 헌법규정에 의하여 위임을 할 수 있도록 허용되어야 하는 것이다.<sup>431)</sup> 이와 같은 법적 근거가 없이 만들어진 행정권의 의사표시는 법규가 될 수는 없으며, 단지 행정 내부적인 ‘직무명령’(Dienstanweisung)에 불과한 것이 된다고 설명한다.<sup>432)</sup>

오토 마이어는 명령과 구분하여 ‘행정규칙’(Verwaltungsvorschrift) 개념을 설명한다.<sup>433)</sup> 오토 마이어는 행정규칙은 전형적인 법규로서의 완전한 구속력을 가지지 못하고, 입법으로부터 파생된 권한에 의하여 특별한 권력관계에서만 효력을 갖게 된다고 한다. 행정규칙은 일반 국민에 대하여 효력을 미치지 않고, 권력관계 내에서 종사하고 있는 사람들에게만 효력을 미치고, 그래

---

<sup>427)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.64f(Fn.2) 참조. 라반트는 법률을 ‘실질적 의미의 법률’과 ‘형식적 의미의 법률’로 구분한다. 오토 마이어는 이 중에서 ‘형식적 의미의 법률’을 행정법의 법원으로서의 ‘헌법에 따라 제정된 법률’로 보았다.

<sup>428)</sup> Ebenda, S.82 참조.

<sup>429)</sup> Ebenda, S.82-83 참조.

<sup>430)</sup> Ebenda, S.83 참조.

<sup>431)</sup> Ebenda, S.83 참조.

<sup>432)</sup> Ebenda, S.83 참조.

<sup>433)</sup> Ebenda, S.84 참조.

서 형식적인 공포를 효력요건으로 하지 않게 된다. 그리고 이러한 행정규칙은 행정법의 법원이 될 수는 없다고 한다.<sup>434)</sup>

### 3. 자치규정과 관습법

자치규정(autonomisches Statut)은 명령과 마찬가지로 위임을 필요로 하는 법원으로 설명된다.<sup>435)</sup> 관습법(Gewohnheitsrecht)의 경우, 오토 마이어는 행정법 영역에서 관습법의 허용성을 부정<sup>436)</sup>하고 있어서, 행정법의 법원이 되지 않는다.

## 제3절 오토 마이어의 행정법학

오토 마이어의 행정법학은 독자적 학문으로서 독일 행정법학을 정립하는 것에 목적이 있었다. 그는 『독일행정법』 제3판의 서문에서, “이제 독일행정법은 사람들이 기뻐할 만한 하나의 ‘학문’(Wissenschaft)이 되었다.”<sup>437)</sup>고 선언하고 있다. 오토 마이어는 행정법학을 국법학으로부터 독립시키는 것은 물론이고, 특별히 국가학과 민사법학 사이에서 행정법학의 독자성을 확보하기 위하여 노력하였다.

### I. 국법학으로부터의 독립

오토 마이어는 행정법을 “행정을 하는 국가와 그와 관련되는 신민들 사이의 관계를 정하는 법질서”<sup>438)</sup>로, 그리고 “행정에 특유한 공법”으로 정의하였

---

<sup>434)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.84-85 참조.

<sup>435)</sup> Ebenda, S.85-87 참조.

<sup>436)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 125면 참조.

<sup>437)</sup> Otto Mayer, a.a.O., Vorwort.

다.<sup>439)</sup> 행정법학은 이러한 행정법에 대한 학문이다. 행정법학은 행정에 특유한 공법에 대한 학문으로, 역사적으로는 국법학으로부터 분리된 것이었다.<sup>440)</sup> 국법학은 공법에 대한 독자적인 학문 영역으로 인정받고 있었는데, 오토 마이어는 국법학이 특히 특유한 ‘법학적 기본이념’(juristische Grundidee)으로 인하여 학문적 독자성을 인정받은 것이라고 평가한다.<sup>441)</sup>

오토 마이어 당시에 국법이 행정 영역에 직접 적용되는 경우가 그 범위와 중요성 면에서 크게 증가하였는데, 오토 마이어는 이러한 현상에 대하여, 그것이 국가와 신민 사이의 관계가 헌법이나 행정명령에 의한 지배를 받는 것이 아니라, 국법학의 기초를 이루는 ‘법학적 기본이념’에 의한 지배를 받는 것이었다고 설명한다.<sup>442)</sup> 그리고 그 결과로, 국법의 일부인 행정법을 독립적으로 다루게 되었다고 한다. 그럼에도 행정법학의 대상인 행정법은 공법으로서의 본성을 여전히 가지고 있기 때문에, 특별한 유형의 공법인 행정법은 어디까지나 공법으로 설명되어야 한다고 한다.<sup>443)</sup>

## II. 국가학과의 관계

### 1. 행정법학의 국가학에의 의존

오토 마이어는 독일에 있어서 헌법과 행정법의 관계를 역사적으로 설명한다. 그에 따르면, 독일에서는 프랑스의 국법 이원론을 수용하여 국법을 헌법과 행정법의 두 부분으로 보았는데, 행정법에 대하여는 사람들이 잘 알지 못하였고, 헌법과 행정법의 구별은 자의적이고 무계획적이었다고 한다.<sup>444)</sup> 그

438) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.13.

439) Ebenda, S.14.

440) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.18 참조.

441) Ebenda, S.18 참조.

442) Ebenda, S.18 참조.

443) Ebenda, S.18 참조.

444) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18 참조.

래서 행정법은 잡다한 모든 것들을 느슨하게 늘어놓은 것이 되었고, 독일 법학 고유의 엄격한 체계에 대한 요구를 당시에 크게 번성하였던 국가학에의 의존을 통하여 해결하려 하였다고 설명한다.<sup>445)</sup>

## 2. 국가학적 방법의 특징

오토 마이어는 국가학적 방법에 대하여 다음과 같이 설명한다. 즉, 국가학적 관점에서는 다양한 국가 작용마다 그 목적에 따라 행정의 체계가 분류되었는데, 각 분야마다 ‘제도’(Wesen)가 존재했고, 그에 상응하는 법이 만들어지게 되었으며, 그러한 법들이 다시 체계를 형성하였다는 것이다.<sup>446)</sup>

각 행정 분야의 법규들은 국가학에 소재를 제공하는 역할을 하고, 국가학은 그러한 소재를 제공하는 법질서를 활용하여 ‘제도’(Wesen)로 연결하였다.<sup>447)</sup> 그래서 국가학적 방법으로 행정법을 설명하는 것은 다시 행정학으로 합류하게 되는 것이고, 이러한 방법은 행정법학이 아닌 것이 된다.

국가학적 관점에서의 설명은 그것이 행정 현실에 적합하였고 행정공무원의 수요에도 부응하였기 때문에 당시에 많이 활용되었지만, 오토 마이어는 국가학적 관점에서 행정법을 설명하는 방법은 통일성과 동질성이 없고 다양한 법규를 합쳐 놓은 것에 불과한 것이라고 평가한다.<sup>448)</sup>

## 3. 행정학과의 연결의 문제점

오토 마이어는 국가학적 방법에 의하여 행정법을 설명하는 경우에 다양한 법 소재에 대하여 설명할 수 있는 것이 아주 적다고 보았다.<sup>449)</sup> 행정법은 공법에 속하는 것이므로, 오토 마이어는 행정법학이 행정학과 연결될 필요가

---

<sup>445)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18 참조.

<sup>446)</sup> Ebenda, S.18 참조.

<sup>447)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.20 참조.

<sup>448)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18-19 참조.

<sup>449)</sup> Ebenda, S.20 참조.



없는 것이라고 강조한다.

“행정학과 연결될 필요는 없다. 행정학과의 연결은 많은 해로움을 가져온다. 행정학에서는 법학적인 것들은 산산이 흩어져버리고, 행정학 체계 내에서는 법적으로 중요한 의미가 사라져버리게 된다.”<sup>450)</sup>

행정법학은 행정학과의 연계를 통하여 국가학적 방법으로 법규의 ‘혼합체’(Konglomerat)를 설명하는 것이 아니라, 공법으로서 법학적 기본이념에 따라 행정법을 설명하는 것이어야 한다는 것이 오토 마이어의 행정법학에 대한 생각이다. 국가학적 방법은 오토 마이어에 따르면, 행정법학이 아닌 것이다.<sup>451)</sup>

“모든 내용을 고유한 법이념(Rechtsidee)에 따라 체계적으로 설명하고 종합하여 조직화하는 것을 통하여, 행정법학은 오래된 자매학문과 나란히 설 수 있게 된다.”<sup>452)</sup>

### Ⅲ. 민사법학과의 관계

#### 1. 행정법학의 독자성 인식

“행정법학은 민사법학과 같이, 스스로 설 수 있어야 한다.”<sup>453)</sup>는 것이 오토 마이어 행정법학의 목적이었다. 오토 마이어는 민사법학에서 발전한 ‘법학적 방법’을 행정법학에 도입하였지만, 행정법학과 민사법학의 차이점 및 행정법학의 독자성에 대한 분명한 인식을 가지고 있었다.

---

<sup>450)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.19.

<sup>451)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.21 참조.

<sup>452)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.20.

<sup>453)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.20.

“행정법학은 아직 젊은 학문이어서 안전한 바탕 위에 있는 민법학과는 대조된다. 행정법의 법제도는 훨씬 큰 상대방과의 끊임없는 투쟁을 통하여서만 얻어낼 수 있다.”<sup>454)</sup>

## 2. 민사법제도와와의 차이점 강조

오토 마이어는 민사법학으로부터 ‘법제도’(Rechtsinstitut)의 개념을 차용하면서도, 한편으로는 민사법제도와 행정법제도의 차이점을 강조한다. 즉, 민사법의 법제도는 주관적 권리에 중점을 두는 데 반하여, 행정법학은 국가와 국민 사이의 관계를 대상으로 하는 차이점이 있다는 것이다. 국가와 국민 사이의 관계는 ‘국가의사의 우월성’을 특징으로 하고, 국민 개인은 국가에 대하여 아무런 권한(Befugnis)을 가지지 못하기 때문에, 민사법학과 같은 권한 중심의 체계가 행정법학의 형성에 적합하지 않음을 지적한다.<sup>455)</sup>

“민법학은 개인의 법적 의사결정의 한계를 연구한다. 민법학의 법제도는 그 본성의 핵심을 다양한 유형의 주관적 권리에서 찾는다. 행정법학은 국가와 국민 사이의 관계에서의 공권력이 법적으로 제한되어 발현되는 것을 다룬다. 이러한 법적 제한은 주관적 권리에서는 가끔씩 드러난다. 주관적 권리는 정확하게 확정할 수 있는 형태가 아니다. 헌법의 범위 내부에서 그리고 법규와 행정행위의 다양한 유형의 사용에 비례하여 의심할 나위 없이 확실하고 변함없는 공권력의 발현 형태가 입증된다. 모든 것이 행정법의 법제도이다.”<sup>456)</sup>

오토 마이어는 행정이 본래의 위치에 머무르고 있는 경우를 ‘공행정’이라고 하면서, 국가와 국민 사이의 관계에는 이를 위하여 특별히 마련된 법인 ‘공법’이 적용되어야 하는 것이 원칙이고, 민사법이 적용되는 것은 예외적인 것이라고 설명한다. 오로지 재산법 규정의 적용과 관련된 경우에는, 국가는

<sup>454)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.114.

<sup>455)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.21-22 참조.

<sup>456)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.113.

국가로서가 아니라 하나의 개인이 행동하는 것처럼, ‘사경제적으로’(privatwirtschaftlich) 행동하여야 한다고 한다.<sup>457)</sup>

오토 마이어에 따르면, 민사법제도와 행정법제도의 경계설정에 있어서 과학적인 관찰을 통하여 독립적인 척도를 가져야 하고, 행정법학은 공법 영역에서 발생하는 문제에 대하여 어느 쪽으로 가야하는지 방향을 제시하여야 하며, 민사법과 공법 양쪽의 기준 중에서 어느 것을 가지고서라도 주어진 문제에 대하여 자연스럽고 직접적이고 모순이 없도록 설명해 낼 수 있어야 한다.<sup>458)</sup> 오토 마이어는 이러한 전제에서 민사법의 법제도와 공법의 법제도의 관계에 대하여 몇 가지 기준을 제시한다.<sup>459)</sup>

첫째, 유추해석의 방법으로 민사법 규정들을 끌어오는 것을 통하여 공법의 법제도를 향상시키고 보충하는 것은 허용되지 않는다고 한다.

“법적 유사성은 적용되는 입법의사의 해석을 통하여서만 효력이 있다; 공법적 관계는 민사법 범규의 입법의사에 있어서는, 어떠한 법적 유사성도 존재할 수 없다.”<sup>460)</sup>

둘째, 공법적이면서 민사법적인 공통의 법제도는 존재하지 않는다는 것이다.<sup>461)</sup> 이러한 예로 오토 마이어는 ‘계약’(Vertrag)을 들고 있다.

“(공통의 법제도라는) 이러한 방법으로 보다 젊은 공법 쪽으로 몰래 스며들려고 하는 것으로 사람들이 언급하는 그것은, 대부분 그야말로 민사법적인 법제도이다.”<sup>462)</sup>

---

457) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.115-116 참조.

458) Ebenda, S.116-117 참조.

459) Ebenda, S.117-118 참조.

460) Ebenda, S.117.

461) Ebenda, S.117f 참조.

462) Ebenda, S.118.

셋째, 직접적으로 민사법적 효력을 가지는 공법적 법제도는 존재하지 않는다고 한다.<sup>463)</sup> 법제도의 효력은 법제도의 일부분이고 법제도와 다른 본성이 될 수는 없다는 것이다. 넷째, 국가를 위하여 혼합된 법제도는 존재하지 않는데, 법관계의 확정된 유형을 위한 견고한 질서, 그 질서 안에서 국가가 개입하고 공법적인 측면과 민사법적인 측면을 모두 가질 수 있는 그러한 질서는 존재하지 않는다고 한다.<sup>464)</sup> 그는 경찰국가 시대의 확립된 이론인 ‘국가법인의 특유한 양면성’에 대한 오래된 이론론을 더 이상 믿지 않게 되었다고 설명한다.<sup>465)</sup> 오토 마이어는 이러한 기준을 통하여 민사법제도와 행정법제도의 차이점을 강조하고 공통적인 제도를 부정하여, 민사법제도로부터 독립적인 행정법제도를 확립하고자 하였다.

## 제4절 비교 및 평가

### I. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 특징

로렌츠 폰 슈타인의 행정법학의 핵심개념은 국가의 ‘생활’(Leben)과 그 생활 영역의 ‘제도’(Wesen)이다. 그는 내무행정의 영역을 세 개의 국가생활 즉 개인생활, 경제생활, 그리고 사회생활로 나누고, 그러한 생활 아래에 각 생활 영역의 제도가 있다고 한다. 그리고 각 제도에 대응하는 법이 존재하고 있는 것이라고 한다.

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 행정법은 국가 생활의 각 영역이 학문적 필요에 따라 나누어진 부문(Kategorie)의 제도로부터, 각각 그에 상응하는 법이 스스로 생겨난다는 것이다. 또한 로렌츠 폰 슈타인은 행정법에는 ‘행정학’을 통하여 행정법의 ‘정신’이 주어져야 한다고 보았고, 그래서 행정학이 행정법

<sup>463)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.118 참조.

<sup>464)</sup> Ebenda, S.118 참조.

<sup>465)</sup> Ebenda, S.118 참조.

체계의 본질적이고 필연적인 기초가 된다고 하였다. 그리고 그러한 행정법을 연구하는 학문은 로렌츠 폰 슈타인의 시각에서는 ‘행정’에 대한 연구를 하는 학문이므로 행정학과 연동된 것에 불과할 뿐 독립적인 학문은 될 수 없는 것으로 보았다.<sup>466)</sup>

오토 마이어는 이러한 로렌츠 폰 슈타인의 체계에 대하여 다음과 같이 평가한다.

“법과 법질서는 행정에 동반하게 되는데, 행정 작용의 다양성에 따라 적용되는 법규의 종류와 범위가 결정된다. 모든 개별 행정 영역에는 그 영역에 대응하는 법규가 있고, 그에 따라 법학이 있게 된다. 법질서는 이러한 방법으로 나누어질 수 있다.”<sup>467)</sup>

오토 마이어는 행정 작용에 따른 법질서를 설명한 후, 행정학 체계에 대하여 설명한다.

“국가학의 특별한 분과인 행정학은 국가작용의 내용에 대한 학문으로서, 국가작용을 ‘소재의 의미’(stoffliche Bedeutung)에 따라 분류한다. 행정학은 우리에게 실제로 일어난 것, 그것이 일어난 원인, 그리고 목적에 적합하기 위해서는 무엇을 하여야 하는지에 대하여 설명하는 학문이다. 이러한 방법으로 우리는 내무행정에 대한 행정학, 재정에 대한 행정학, 그리고 군대에 대한 행정학을 가지게 되었다. 이 중 내용이 풍부한 내무행정은 다시 그 대상에 따라 산업제도, 건강보건제도, 철도제도, 빈민구제제도 등으로 나누어진 다. 여기에 속하는 법질서가 이러한 행정학이 우리에게 제시하는 현실의 일부분을 형성한다.”<sup>468)</sup>

오토 마이어는 이러한 학문 영역의 “확실한 지도자는 로렌츠 폰 슈타

---

466) 로렌츠 폰 슈타인의 행정법학에 대하여는 82면 이하에서 상술하였다.

467) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.16.

468) Ebenda, S.16-17.

인”<sup>469)</sup>이라고 소개한다. 그리고 로렌츠 폰 슈타인의 방법론에 따른 법학에 대하여 설명한다.

“법학은, 그 대상을 얻은 이상, 그에 대한 연구를 하여야 한다. 행정학은 단지 전체적인 조망과 맥락에 필요한 설명을 제공하는 것에 지나지 않는다. 모든 개별 분야에 대하여 각각에 속하는 법규를 제시하고 설명하고 적용하는 것은 본질적인 것이다. 그래서 행정학은 국가학적 접근의 학문과 제도(Wesen)에 대응하는 법질서의 집단을 형성했는데, 그것은 재정법, 내무행정법, 교역법, 철도법, 물법, 빈민구제법 등등 그 소재에 따라 나눌 수 있을 만큼 나눌 수 있는 것이다.”<sup>470)</sup>

## II. 오토 마이어의 비판

오토 마이어는 국가학적 방법으로 행정의 개별 분과를 위한 법질서의 체계를 얻게 되었음을 설명하면서, 국가학적 방법의 문제를 지적한다.

“로렌츠 폰 슈타인의 방법론에 있어서는 개별 행정 영역에 속하는 법이 개별 국가학적 부문(Kategorie)으로부터 스스로 생겨나게 되어, 모든 개별 영역이 모두 각자의 법을 가지게 된다. 그런데 이러한 국가학적 부문은 학자들이 만드는 것이기 때문에, 결국에는 학자들이 법을 만드는 것이 된다.”<sup>471)</sup>

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 행정법은 국가 생활의 각 영역이 학문적 필요에 따라 나누어진 부문의 제도로부터, 각각 그에 상응하는 법이 스스로 생겨나는 것으로 설명된다. 이러한 설명에 대하여 오토 마이어는 로렌츠 폰 슈타인의 이론이 “기이한(wunderbar) 효력”<sup>472)</sup>을 인정하는 것이라고 비판한다.

---

<sup>469)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.17.

<sup>470)</sup> Ebenda, S.17.

<sup>471)</sup> Ebenda, S.17.

<sup>472)</sup> Ebenda, S.17(Fn.5).

또한 뢰닝(Loening)을 인용하여, 로렌츠 폰 슈타인의 이론은 자의적인 구성이고, 실정 법률에 대한 불충분한 지식으로 인한 것이라고 비판한다.<sup>473)</sup>

### Ⅲ. 검토

요컨대, 로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 행정학을 통하여 행정법의 ‘정신’이 주어져야 하고, 행정학이 행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초가 되는 것이며, 행정법학은 행정학과 연동된 것에 불과할 뿐 독립적인 학문은 될 수 없는 것이다. 이에 대하여, 오토 마이어는 행정법학을 독립적 학문으로 인식하고 인접학문인 민사법학과 국가학으로부터의 독자성을 확보하고자 하였다. 그러한 점에서 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 행정법과 행정법학에 대한 시각은 근본적인 차이가 있는 것이라고 할 수 있다.

그러나 한편으로 오토 마이어는, 로렌츠 폰 슈타인의 행정학의 가치를 인정하고 있다. 오토 마이어에 따르면, 독일의 법률가들이 로렌츠 폰 슈타인의 체계를 법규를 알맞게 결부시켜 설명할 수 있는 “받침대’(Gestell)로 사용’<sup>474)</sup>하였다고 하고, 로렌츠 폰 슈타인의 연구가 독일에서 “행정법학의 기초와 주춧돌’<sup>475)</sup>이 되었다고 평가한다. 그러한 점에서, 오토 마이어의 행정법학은 로렌츠 폰 슈타인의 행정학과 행정법학을 완전히 배척하는 것이 아니고, 행정법학의 ‘독자성’을 확보하면서 동시에 로렌츠 폰 슈타인의 연구결과를 내용과 소재로 활용할 수 있는 ‘개방성’을 함께 가지고 있는 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

---

<sup>473)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18(Fn.10) 참조.

<sup>474)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.17(Fn.5).

<sup>475)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.19(Fn.10).

## 제4장 국가학적 방법과 법학적 방법

본장에서는 행정법학에 대한 구체적인 방법론으로, 로렌츠 폰 슈타인의 ‘국가학적 방법’과 오토 마이어의 ‘법학적 방법’을 살펴본다. 국가학적 방법을 대표하는 로렌츠 폰 슈타인의 방법론과 오토 마이어의 방법론을 비교함으로써, 오늘날 우리 행정법학의 근원에 해당하는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 특징을 보다 명확하게 파악할 수 있을 것이다. 제3절에서는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 핵심인 법치국가(Rechtsstaat) 사상에 대하여 살펴보고, 제4장의 제4절에서는 재정권(Finanzgewalt)에 대한 설명을 대상으로 하여 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인의 방법론을 구체적으로 비교·검토한다.

### 제1절 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법

#### I. 개요

로렌츠 폰 슈타인은 그 자신이 법학자였지만 그의 방법론은 법학적인 것은 아니었고<sup>476)</sup>, 그의 행정학과 행정법학은 ‘국가학적 방법’을 따른 것으로 평가되고 있다.<sup>477)</sup> 국가학적 방법은 19세기에 이르러 로렌츠 폰 슈타인에 의하여 전성기를 누렸는데, 그것은 행정의 목적 적합성과 효과성에 중점을 두면서 필요한 경우에만 법적 관점을 포함시키는 방법론적 특성을 가지고 있는 것이다.<sup>478)</sup> 국가학적 방법은 다양한 행정 분야를 담당하는 행정조직과 그 조직의 임무와 작용으로부터 출발하여, 개별 행정법 영역에 여기저기 흩어져

<sup>476)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S. X VI 참조.

<sup>477)</sup> Ebenda, S. VII 참조.

<sup>478)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S. 18 참조.



있는 실정법 규정들을 모아서 통합·배열·설명하는 방법으로 법을 연구하는 것이다.<sup>479)</sup> 그리고 법의 해석에 있어서는 역사적, 철학적, 정치적인 관계에서 법을 해석하는 것에 중점을 두었다.<sup>480)</sup>

로렌츠 폰 슈타인은 행정법은 ‘행정의 체계’에 대응하여야 하고, 행정의 대상이 되는 제도로부터 행정법을 만들어 내어야 하는 것으로 보았다.<sup>481)</sup> 그리고 행정법학은 국가생활(Staatsleben) 전체에 대한 학문(Wissenschaft)이 되어야 한다고 보았다.<sup>482)</sup> 그는 앞에서 살펴본 바와 같이 종래의 관방학적 전통에 따라 다양한 행정 분야를 다섯 개의 영역으로 크게 나누고, 그 중에서 내무행정을 주된 연구대상으로 하였는데, 내무행정 영역은 국가의 개인생활, 경제생활, 사회생활의 모든 영역을 포괄하는 것이다. 여기에는 인구·주민제도, 공적 보건제도, 경찰제도, 교육제도, 통화, 교통제도, 유통제도, 신용제도, 산업, 상업, 농업, 영업, 가족제도, 직업법, 군대제도, 보험제도 등 국민 생활과 관련된 거의 모든 행정영역이 포함된다.<sup>483)</sup>

## II. 방법론적 특징

로렌츠 폰 슈타인은 ‘새로운 행정학의 아버지’로 불리는 동시에 ‘행정법의 창시자’로 불리기도 한다.<sup>484)</sup> 그는 행정 현상에 대하여 행정법과 행정학을 통합하여 설명하려고 시도하였다. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 특

---

<sup>479)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.18 참조.

<sup>480)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.23-24 참조.

<sup>481)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.392 참조.

<sup>482)</sup> Ebenda, S.392 참조.

<sup>483)</sup> 로렌츠 폰 슈타인의 내무행정의 체계에 대하여는 제2장 제1절에서 상세하게 서술하였다.

<sup>484)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S. X VII 참조.

정은 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

## 1. 종합과학적 성격

로렌츠 폰 슈타인은 『행정학』(Die Verwaltungslehre)을 저술하면서 자신의 저서가 “모든 공법의 기초로서 국가학 분야의 판텍텐”<sup>485)</sup>이 되기를 희망했다. 그의 방법론은 “행정법적 기초를 가지는 포괄적인 종합과학적 접근방법”<sup>486)</sup> 또는 “행정현상에 대한 종합과학으로서의 행정과학적 접근방법”<sup>487)</sup>의 성격을 갖는 것으로 평가되고 있다.

특히 로렌츠 폰 슈타인의 연구는 관방학의 체계를 따랐지만, 연구방법은 사회과학적이었다는 점에 특징이 있다.<sup>488)</sup> 그의 연구는 정치학, 경제학 등 다양한 사회과학적 기반을 가지고 있다. 특히 그는 “통계학은 국가생활에 대한 올바른 이해를 위한 방법”<sup>489)</sup>이라고 하여 기존의 연구와는 다른 사회과학적 방법에 따른 연구를 강조하였다.

## 2. 행정학 원리의 강조

로렌츠 폰 슈타인은 행정법의 연구에 있어서 ‘행정학 원리’의 중요성을 강

---

<sup>485)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.3; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.390.

<sup>486)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S. X VI.

<sup>487)</sup> 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보, 제29권 제4호(1995), 1402면.

<sup>488)</sup> Andrew Dunsire, Administration: The World and the Science, 1973, p.77. Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138에서 재인용.

<sup>489)</sup> Lorenz von Stein, a.a.O., S.53.

조하였다. 그에게 있어 행정학 원리는 “행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초”<sup>490)</sup>가 되는 것이다. 그에게 있어서는 행정학이 최고의 과학이고 사회의 모든 영역을 포괄하는 것이므로, 국가의 행정을 담당하는 공무원들은 ‘행정의 원리’에 따른 교육을 받아야 하는 것이었다.<sup>491)</sup>

로렌츠 폰 슈타인의 관점에서는, 행정은 공무원의 일상 업무에 대한 문제가 아니라 국가와 사회의 살아있는 생활의 문제이다. 그리고 행정을 담당하는 행정가는 “전체를 위하여 일하는 사명을 받고 태어난 사람”<sup>492)</sup>으로, “사회적 약자들의 수요에 주의를 기울임으로써 시민사회를 보호한다는 가장 위대한 윤리적 책임감으로 가득 차 있는 사람”<sup>493)</sup>이다. 그래서 진정한 행정가가 되기 위해서는 이기심 없고 희생적이어야 하며 사회의 효율성을 위하여 노력하여야 하는데, 여기에 필요한 과학적 지식을 제공하는 역할을 하는 학문이 바로 ‘행정학’이다.<sup>494)</sup>

### 3. ‘법학적 방법’의 한계 인식

로렌츠 폰 슈타인은 행정현상에 대한 ‘법학적 방법’에 따른 연구를 반대한 것은 아니었고 그의 연구는 상당 부분 행정법적 기초를 가지고 있다고 평가받고 있다.<sup>495)</sup> 그래서 로렌츠 폰 슈타인의 연구가 “법에 근거하지 않았고 그래서 그의 행정학 체계는 행정법에는 아무런 중요성이 없다고 하는 비판은 이제는 부정확한 것이 되었다.”<sup>496)</sup>는 견해도 제기되고 있다.

---

<sup>490)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.42.

<sup>491)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138.

<sup>492)</sup> Ibid., p.2138.

<sup>493)</sup> Ibid., p.2138.

<sup>494)</sup> Ibid., p.2138.

<sup>495)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S. X VI 참조.

그러나 로렌츠 폰 슈타인이 순수한 법학적 방법만으로는 행정을 특히 사회(Gesellschaft)와의 관계에서 과학적으로 이해하기에 충분하지 않다고 본 것은 분명하다.<sup>497)</sup> 그는 행정 현상을 이해하기 위해서는 여러 학문 분야에 걸친 포괄적이고 종합적인 연구가 필요하다고 생각하였고, 그래서 순수한 ‘법학적 방법’만으로는 충분하지 못한 것으로 생각한 것이다.<sup>498)</sup>

#### 4. 미래지향적 관점

로렌츠 폰 슈타인의 연구방법은 기본적으로 미래지향적 관점을 가진 것으로 평가받고 있다.<sup>499)</sup> 그는 미래지향적 관점에서 “우리는 헌법 건설의 시대를 넘었고, 미래의 발전을 위한 중요한 영역은 행정에 있다.”<sup>500)</sup>고 하여, 미래의 발전에 있어 행정의 중요한 역할에 주목하였다.

그는 행정을 발전시키는 것을 통하여서, 자신이 최고선으로 생각했던 ‘실질적인 자유의 실현’을 위해 개인의 이익과 전체의 필요를 조화시킬 수 있는 방안을 찾고자 하였다.<sup>501)</sup>

---

<sup>496)</sup> Utz Schliesky, Lorenz von Stein - Verwaltungsrechtler und Verwaltungswissenschaftler, in: Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.X VI. 여기에서 Utz Schliesky는, 로렌츠 폰 슈타인의 연구는 행정법적 기초를 가지고 있으므로 그의 연구가 “사라져가는 국가학적 방법의 마지막 전성기로 인식되는 것은 잘못된 설명”이라고 주장한다.

<sup>497)</sup> Franz Mayer, Die Verwaltungslehre des Lorenz von Stein - Verwaltungslehre heute, in: Roman Schnur(Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1978, S.442 참조.

<sup>498)</sup> 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보, 제29권 제4호(1995), 1407면 참조.

<sup>499)</sup> Utz Schliesky, a.a.O., S.X VI 참조.

<sup>500)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.1.

<sup>501)</sup> Ebenda, S.40; Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 등 참조.

## 5. 지도이념: 자유주의

로렌츠 폰 슈타인은 “최고의 선은 실질적인 자유”<sup>502)</sup>라고 하여, 헤겔의 영향을 받은 자유주의를 자신의 행정법학의 지도이념으로 하였다. 로렌츠 폰 슈타인에 있어 행정의 기능은 개인들이 사회에서 자신의 이익을 추구하는 자유를 보호하는 것이었다. 그래서 그의 연구의 목적은 부르주아 계급의 자유를 불필요하게 제한하지 않으면서도, 무산계급의 기회를 유지하는 것에 맞추어지게 되었다.<sup>503)</sup> 로렌츠 폰 슈타인은 무산계급의 기회를 유지하기 위한 수단으로 하층 계급을 위한 공공교육을 강조하였다.<sup>504)</sup>

## 제2절 오토 마이어의 법학적 방법

오토 마이어의 행정법학 방법론의 특징으로는 ‘법학적 방법’(juristische Methode)을 따랐다는 것, 그에 따라 법치국가 원칙에 따른 법개념(Rechtsbegriff)과 법제도(Rechtsinstitut)의 형성을 중시하였다는 것, 체계를 중시한 것, 그리고 민사법학과 프랑스 행정법의 영향을 받았다는 것 등이 제시되고 있다.<sup>505)</sup>

### I. 행정법 총론의 완성

오토 마이어는 자신에 앞서 행정법 저서를 출간한 프란츠 마이어, 오토 폰

---

<sup>502)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.40.

<sup>503)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2138 참조.

<sup>504)</sup> Ibid., p.2138 참조.

<sup>505)</sup> Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S.20-31 참조.

자베이 등의 논의에 더하여, 행정법 총론을 완성한 행정법학자로 평가받고 있다.<sup>506)</sup>

## 1. 행정법 총론의 필요성

오토 마이어는 국가학적 방법과 민사법학을 비교하면서, 행정법 총론의 필요성을 주장한다.<sup>507)</sup> 그는 법학은 법적 제도들을 견고하고 예리하게 정의할 수 있음에 반하여 국가학적 방법은 ‘당혹스럽게 하는 것’이라고 하면서, ‘공용수용’(Enteignung)을 예로 들어 설명한다,

“공용수용에 있어서 그러하다. 그것을 가지고 어디로 갈 것인가? 모든 것이 일단은 혼란스럽다. 뢰닝(Loening)은 공용수용을 독일 민사법으로 전가시키기 위해서, 완전히 행정법 밖으로 던져 버렸다. 게오르그 마이어(G. Meyer)는 해롭지는 않지만 사실은 적절하지 않은 영역인 토지 소유권의 법률관계에 대한 규율로 도피했다. 자이델(Seydel)은 헌법에서 국가권력의 일반적인 기능으로 다루고 있다. 폰 스탕겔(v. Stengel)은 『행정의 수단과 절차』라는 장에서 행정절차로 다룬다. 키르켄하임(Kirchenheim)은 부록에서 다룬다.”<sup>508)</sup>

당시의 국가학적 방법은 개별 행정 법률들을 행정의 목적에 따라 각기 그룹으로 분류한 후, 개별 행정 법률들의 내용을 설명하는 방식으로 행정법을 설명하는 방법론이었다.<sup>509)</sup> 오토 마이어는 민사법의 경우에는 “거대한 법제도가 민사법 안에서는 서로를 포함하고 설명할 수 있음”<sup>510)</sup>에 반하여, 국가학적 방법을 따를 경우에는 행정법은 “얼마나 많은 것을 잃고 있는지를 쉽

<sup>506)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.403 참조.

<sup>507)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.19-20 참조.

<sup>508)</sup> Ebenda, S.19.

<sup>509)</sup> Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S.60 참조.

<sup>510)</sup> Otto Mayer, a.a.O., S.19(Fn.8).

게 알 수 있다.”<sup>511)</sup>고 하면서, 국가학적 방법의 체계적 결함을 지적한다.

오토 마이어에 따르면, 울브리히(Ubrich)나 베르나지크(Bernatzik)와 같은 오스트리아의 법학자들이 그러한 체계적 결함을 인식하여 행정법 총론의 필요성을 주장했다고 한다.<sup>512)</sup> 독일의 경우에는, 행정재판권이 확립되면서 행정법에 대한 관심이 높아지게 되었고 또한 국법학 분야에서 라반트에 의하여 ‘법학적 방법’이 완성되면서 행정법 총론이 생성되었다.<sup>513)</sup> 독일에서는 프란츠 마이어가 최초로 행정법 총론의 정리를 시도하였으며, 오토 폰 자베이에 의하여서 비로소 “행정학으로부터 독립하여 좁은 의미의 행정법의 이름으로 행정법의 순수한 법제도가 설명될 수 있게”<sup>514)</sup> 되었다.

## 2. 오토 마이어에 의한 행정법 총론의 완성

### (1) 오토 폰 자베이의 행정법 총론의 체계

오토 폰 자베이는 독일에서 최초로 행정법 총론을 체계적으로 정리한 것으로 평가받고 있으나,<sup>515)</sup> 한편으로는 초보적인 수준에 머무른 것이었다는 평가도 함께 받고 있다.<sup>516)</sup> 오토 폰 자베이의 『행정법총론』(Allgemeines Verwaltungsrecht, 1887)은 2부로 구성되어 있다. 제1부는 행정법의 기초원리와 기초개념에 대한 것인데, 주된 내용은 국가작용으로서의 입법, 사법, 행정(1-4장)과 헌법국가에서의 입법, 사법, 행정(5-15장)이다. 제2부는 내무행정에 대한 법으로, 내무행정의 범위(제1절), 내무행정의 조직(제2절), 행정법(제3

---

<sup>511)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.19(Fn.8).

<sup>512)</sup> Ebenda, S.20 참조.

<sup>513)</sup> Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S.60; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S.104 등 참조.

<sup>514)</sup> Otto Mayer, a.a.O., S.20.

<sup>515)</sup> Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., 1958, S.49 참조.

<sup>516)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.400 참조.

절), 행정사법(제4절)으로 구성되어 있다.<sup>517)</sup>

## (2) 오토 마이어의 행정법 총론의 체계

한편, 오토 마이어의 『독일행정법』의 경우, 행정법 총론 편은 서론, 독일 행정법의 역사적 발전단계, 행정법질서의 개요, 권리구제의 네 부분으로 구성되어 있다. 서론 편에서는 행정의 개념(§1.), 행정법과 행정법학(§2.)을, 독일행정법의 역사적 발전단계 편에서는 제후고권(§3.), 경찰국가(§4.), 법치국가(§5.)를 설명한다. 행정법질서의 개요 편에서는 법률의 지배(§6.), 행정법규의 구속력(§7.), 행정법의 법원(§8.), 행정행위(§9.), 공적 권리(§10.), 행정법제도와 민사법 제도의 구별(§11.)을 설명한다. 그리고 권리구제 편에서는 행정심판(§12.), 행정사법(§13.), 당사자(§14.), 행정재판의 종류(§15.), 행정재판의 법적효력(§16.), 행정에 대한 민사법원의 관할권(§17.), 위법한 직무행위로 인한 배상책임(§18.)을 설명한다.<sup>518)</sup>

## (3) 검토

오토 마이어와 비교할 때, 오토 폰 자베이의 행정법 총론은 그 분량도 작을 뿐만 아니라, 주된 서술이 국가학적 개념인 ‘내무행정’(innere Verwaltung)에 대한 것이어서, 진정한 의미에서의 행정법 총론의 완성으로 보기는 부족하다고 생각된다. 오토 폰 자베이의 『행정법총론』이 오토 마이어의 『독일 행정법』보다 8년 정도 먼저 출간되었지만, 독일에서 행정법 총론은 오토 마이어에 의하여 완성되었다고 보는 것이 적절할 것이다.<sup>519)</sup>

<sup>517)</sup> Otto von Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1887 참조.

<sup>518)</sup> 오토 마이어의 행정법총론의 체계에 대한 설명으로는 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정관례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 30면 참조.

<sup>519)</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.403-404 참조.



### 3. 행정법 총론의 의미

독일 행정법학에 있어서 행정법 총론이 갖는 의미는 두 가지 측면에서 이해되고 있다.<sup>520)</sup> 첫째는, 당시 독일의 각 란트 별로 개별적으로 가지고 있었던 행정법체계에 대응하여 공통의 독일 행정법 체계를 구축하고자 하는 의미가 있다.<sup>521)</sup> 오토 마이어는 개별 란트별로 “모두 특수성을 가지지만 중요한 공통점이 있다.”<sup>522)</sup>고 하면서, 독일 행정법은 “독일의 공통된 문화의 산물”<sup>523)</sup>이고, “바이에른의, 작센의, 프로이센의 행정법학은 없다”고 한다.<sup>524)</sup>

“우리는 독일의 국법이라고 하면 실제로 25개 또는 26개의 란트법이 있었고, 제국법도 있었다는 사실을 걱정할 필요 없이, 독일 행정법을 확신을 가지고 가르치게 되었다.”<sup>525)</sup>

행정법 총론이 가지는 두 번째 의미는, 행정에 대한 법적 통제를 위한 공통의 기준과 원칙을 명확하게 하였다는 점이다.<sup>526)</sup> 행정법 총론을 통하여, 개별 행정 영역에서의 행정에 대한 법적 통제를 위한 종합적인 기준이 마련되었다는 점에 의의가 있다.<sup>527)</sup>

## II. 법학적 방법

현재 독일의 대표적인 행정법 교과서는 오토 마이어가 독일 민사법과 독일 국법학의 ‘법학적 방법’(juristische Methode)을 따른 것으로 설명하고 있

---

<sup>520)</sup> Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S.60 참조.

<sup>521)</sup> Ebenda, S.60 참조.

<sup>522)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.21.

<sup>523)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>524)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>525)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>526)</sup> Jeong Hoon Park, a.a.O., S.60 참조.

<sup>527)</sup> Ebenda, S.60 참조.

다.<sup>528)</sup> 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 독일 국법학의 게르버와 라반트의 법학적·법실증주의적 경향과 독일 행정법학의 선구자로서 그에 앞서 행정법 저서를 발간한 바 있는 프리드리히 프란츠 마이어와 오토 폰 자베이의 영향을 받은 것이다.<sup>529)</sup> 당시 독일 공법학계에서는 로렌츠 폰 슈타인을 통하여 행정학이 전성기를 누리고 있었는데, 오토 마이어의 ‘법학적 방법’에 의하여 그러한 국가학적(행정학적) 방법은 거의 완전히 축출되었다.<sup>530)</sup> 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 특성은 다음과 같이 정리할 수 있다.

# 1. 게르버-라반트의 국법학으로부터의 영향

오토 마이어는 자신의 방법론을 스스로 ‘법학적’(juristisch)인 방법론이라고 인식하였다. 그는 국가학적 행정학의 체계를 법학적인 것이 아니라고 하면서, 자신의 체계를 ‘법학적인 것’(ein juristisches)이라고 평가하였다.<sup>531)</sup> 그는 1903년에 발간된 『독일행정법』의 프랑스어 번역본의 서문에서, 자신이 “라반트가 공법에 대하여 한 것만큼 순수한 법학적 체계를 따르기 위해 노력하였다”<sup>532)</sup>고 밝히기도 하였다. 오토 마이어는 자신의 행정법학은 특유한 ‘법학적 기본이념’(juristische Grundidee)이 지배하는 독자적 학문인 국법학으로부터 분리된 것임을 밝히고 있다.

“행정법학은 역사적으로 국법학으로부터 분리되어 나온 것이다. 국법은 독자적인 공법학의 특수한 범유형이자 대상이다. 국법학의 특수성은 법학적 기본이념에 있다.”<sup>533)</sup>

<sup>528)</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.19 참조.

<sup>529)</sup> Ebenda, S.19 참조.

<sup>530)</sup> Ebenda, S.19 참조.

<sup>531)</sup> Alfons Hueber, Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982, S.17 참조.

<sup>532)</sup> Otto Mayer, Le droit administratif allemand, I, 1903, Vorwort.; zitiert nach Alfons Hueber, Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982, S.17.

오토 마이어의 방법론은 게르버-라반트의 ‘법학적 방법’의 영향을 받은 것으로 평가받고 있다.<sup>534)</sup> 오토 마이어는 엄격한 체계를 요구하는 것을 독일 법학의 고유한 성격으로 설명<sup>535)</sup>하면서, 행정법학의 임무를 “여러 란트의 법으로 흩어져있는 개별 행정법의 법제도들의 체계를 설명하는 것”<sup>536)</sup>이라고 하였는데, 이는 체계를 중시하는 사비니 이래의 ‘법학적 방법’의 전통을 계승하고 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.

다만, 오토 마이어가 게르버-라반트의 ‘법실증주의’ 전통 안에 있다는 평가<sup>537)</sup>에 대하여는, ‘법이념’을 중시하는 오토 마이어의 방법론적 특징으로 인해 법실증주의와는 거리가 있다는 반대 견해도 주장되고 있다.<sup>538)</sup> 법실증주의는 ‘법과 도덕의 엄격한 분리’를 그 핵심적 요소로 하는 것<sup>539)</sup>으로, 순수한 형식논리적 해석의 도움을 받아 법에서 현실과 가치평가를 배제하려고 하는 방법인 ‘법학적 방법’과는 개념적으로 구분되는 것이다.<sup>540)</sup> 따라서 오토 마이어가 ‘법학적 방법’을 따랐다고 하여 곧바로 그를 법실증주의자로 보기는 어려울 것이다. 특히 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 ‘법치국가’라는 법이념이 지도 원리로서 법개념의 형성 단계에서부터 작용하고 있다는 점에서

533) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.18.

534) Ralf Dewitz, Der Vertrag in Der Lehre Otto Mayers, 2004, S.65; Alfons Hueber, Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982, S.15-24 참조.

535) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18 참조.

536) Ebenda, S.21.

537) Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S.82 참조.

538) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 24면 참조. 한편, 오토 바호프는 오토 마이어의 행정법학 방법론의 특징을 ‘반실증주의적’(antipositivistisch) 기본자세에서 찾고 있다. Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.218-219 참조.

539) Benjamin Lahusen, Rechtspositivismus und juristische Methode, 2011, S.125; 최봉철, “최근 법실증주의의 전개와 자연법론과의 관계”, 법철학연구, 제13권 제3호(2010), 221면 등 참조.

540) Benjamin Lahusen, a.a.O., S.125 참조.

더더욱 그를 법실증주의자로 보기는 어려울 것으로 생각된다.<sup>541)</sup>

## 2. ‘형식’의 중시

오토 마이어는 국가학의 특별한 분과인 행정학에 대하여, 국가작용의 ‘내용’의 학문으로 국가작용을 내용적 의미에 따라 분류하는 학문이라고 소개한다. 그리고 이러한 행정학과 대비하여 법학은 ‘형식’이 중요함을 강조한다.<sup>542)</sup> 오토 마이어는 법학에 있어서는 ‘형식’(Form)이 중요하고, 견고한 형식을 통하여 법학의 ‘체계’(System)가 형성됨을 강조한다.<sup>543)</sup>

“국가학의 특별한 분과인 행정학은 국가 작용의 내용의 학문으로, 국가 작용을 내용적 의미에 따라 분류한다.”<sup>544)</sup>

“법학은 오로지 형식에만, 즉 법학에 의하여 관찰된 법주체들 사이에서 객관적인 법에 적합한 의사지배가 나타나는 그 형식에만 관심이 있다. 그 결과로 발생하는 견고한 형식의 유형이, 다양성과 연결성 안에서 법학의 체계를 형성한다.”<sup>545)</sup>

또한, 오토 마이어가 중시한 ‘법제도’는 확고한 형식이고, 이러한 형식이 법치국가에서의 명확성과 예측가능성의 확보에 있어 핵심적 역할을 한다는 관점에서, 오토 마이어가 ‘형식’을 중시하였다는 평가를 할 수 있을 것이다.<sup>546)</sup> 오토 마이어가 법학의 형식을 중시한 것에 대한 비판도 제기되고 있지만, 그가 법학에 있어 형식을 강조한 것은 독립적인 학문분과로서 행정법

---

541) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 24면 참조.

542) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.16 참조.

543) Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.21 참조.

544) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.16.

545) Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.21.

546) 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 25-26면 참조.

학을 형성하기 위한 불가피한 것이었음을 인식할 필요가 있다고 본다.<sup>547)</sup>

### 3. ‘개념-법제도-법체계’의 방법론

오토 마이어의 ‘법학적 방법’을 특징적으로 설명할 수 있는 단어는, ‘개념’(Begriff), ‘법제도’(Rechtsinstitut), ‘법체계’(Rechtssystem)라고 할 수 있다.<sup>548)</sup> 그는 국가학으로부터 독립한 행정법학을 위하여 민사법학의 ‘법학적 방법’을 통해 ‘법학’으로서의 행정법학을 확립하고자 하였다. 당시 민사법학의 ‘법학적 방법’은 ‘개념’을 중시하는 구성주의적인 것이었고, 오토 마이어는 행정법학에서 개념과 법제도의 형성을 통하여 행정법학의 체계를 구축하려 하였다.

#### (1) 개념

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 종래의 ‘법학적 방법’의 전통을 승계하여, ‘개념’을 형성하고 이를 통하여 ‘체계’를 형성하는 것이다.<sup>549)</sup>

#### 1) 민사법학으로부터의 차용

---

<sup>547)</sup> 로렌츠 폰 슈타인이 국가작용인 행정을 그 내용으로 하는 행정법학은 행정학에 연동된 것에 불과한 것이라고 인식한 것에 대응하여, 오토 마이어가 법학으로서의 행정법학의 독자성을 확보하기 위해서는 ‘행정’이라는 내용보다는 그 소재를 다루는 형식을 강조할 수밖에 없었을 것으로 생각된다.

<sup>548)</sup> 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 핵심 개념으로 법이념, 법제도, 법개념을 제시하는 견해로는 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정관례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 24면 참조. 핵심 개념으로 형식, 개념, 체계를 제시하는 견해로는 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 25면 참조.

<sup>549)</sup> Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S.20 참조.

독일의 행정법학에서 필요한 ‘개념’은 미완성이었고 많이 부족했기 때문에, 부득이 그 개념의 형성에 있어서는 민사법학으로부터의 차용이 불가피했다.<sup>550)</sup>

“내가 여기서 일반적으로 말하고 싶은 것은 바로 용어(Terminologie)이다. 행정법 영역에서 독일의 법률용어는 아직 미완성이고 여전히 부족하다. 공법은 공법 영역에서 대응하는 개념에 대한 용어를 주로 민사법과 그 표현을 사용하는 것에 의존한다. 그것에 대하여 나는 조금도 두려워하지 않는다. 나는 다음의 사실, 즉 공법과 민사법의 두 법의 법 영역의 차이가 모든 곳에서 매우 강하게 강조되기 때문에, 낯선 기본개념을 강제로 끌어다 사용하는 것을 비록 표현이 같다고 해도 두려워하지 않아도 된다는 것을 잘 알고 있다.”<sup>551)</sup>

독일의 경우뿐만 아니라 오토 마이어 자신이 ‘완벽한 이론’이라고 소개했던 프랑스 행정법의 경우에도 완전히 적합한 법률용어가 존재하지 않는 경우가 있음을 이유로, 오토 마이어는 “민사법학의 것들을 모두 포기하는 것은 행정법을 설명하는 것을 아주 어렵게 만든다.”<sup>552)</sup>고 하여, 민사법학과의 연계를 중시한다.

“민사법학의 용어들을 모두 포기하는 것은 행정법을 설명하는 것을 아주 어렵게 만든다. 왜냐하면 프랑스의 경우나 독일의 경우나 행정법학에 완전히 적합한 법률용어는 존재하지 않기 때문이다.”<sup>553)</sup>

## 2) 프랑스 행정법의 영향

---

<sup>550)</sup> Dieter Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S.27 참조.

<sup>551)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>552)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, S.21.

<sup>553)</sup> Ebenda, S.21.

오토 마이어는 『독일행정법』 제1판 서문에서 ‘잘 정돈된 이론’으로 프랑스 행정법을 소개하는데, 자신은 『프랑스행정법의 이론』을 저술할 당시 “프랑스 법률가들이 한 것을 보고자(Berichterstatter)의 입장에서 열심히 쓴 것”이라고 표현하고 있다. 오토 마이어는 프랑스 행정법에는 모든 개념이 완비되어 있고, 자신은 단지 “조금 다르게 표현하고 정리한 것”<sup>554)</sup>이라고 하여, 프랑스 행정법의 개념이 독일 행정법학에 영향을 주었음을 인정한다.

### 3) 국가학적 방법과의 차이점 강조

오토 마이어는 국가학을 비판하면서도 한편으로는 행정에 대한 국가학적 고찰은 그 고유한 가치를 가지고 있음을 인정한다.

“행정에 대한 국가학적 고찰의 체계를 활용하는 것은 여전히 법학적으로도 유용한데, 특별히 훌륭한 참고서가 만들어질 수 있다는 점에서 그러하다; 프랑스의 행정학사전과 같이 목적을 달성하기에 좋은 형태이다.”<sup>555)</sup>

그러나 오토 마이어는 이러한 국가학적 체계가 독일 행정법학에서 ‘과도기적 단계’(Durchgangsstadium)에 있음을 강조한다.<sup>556)</sup> 그러한 국가학적 방법론이 지배하는 과도기적 단계는 그가 명시적으로 밝히고 있지 않지만, 다음의 서술에서 나타나는 단계에서 끝나게 되는 것으로 인식하고 있는 것으로 보인다.

“법학을 위해서, 견고하고 예리하게 규정된 법제도가 법률 안에 직접 주어진 것을 발견하게 된 때보다 더 좋은 상황은 없다. 국가학 체계 내에서는 그러한 법제도는 단지 곤란하게 만드는 것에 불과하다.”<sup>557)</sup>

---

<sup>554)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>555)</sup> Ebenda, S.19(Fn.8).

<sup>556)</sup> Ebenda, S.19 참조.

<sup>557)</sup> Ebenda, S.19.

오토 마이어에 따르면, 국가학적 방법론에 따른 연구의 결과는 과도기적 단계의 방법론에 불과하고, 결국 행정법학에서는 법학을 위해서 ‘법제도’로 견고하고 예리하게 규정되어야 한다는 것이다. 그런데 오토 마이어는 ‘견고한’(fest)과 ‘예리한’(scharf)이라는 표현을 『독일행정법』 제1판에서도 사용하고 있다. 즉,

“어떤 용어들은 견고한 법학적 개념으로 묶어서, 보다 예리하게 표현할 것이다.”<sup>558)</sup>

결국, 오토 마이어는 국가학적 방법에 따른 연구의 결과는 행정법학 체계 내에서, 견고하고 예리한 ‘법학적 개념’(juristischer Begriff)으로 규정되어 ‘법제도’(Rechtsinstitut)로 수용되어야 하는 것이 된다.

## (2) 법제도

### 1) 사비니의 영향

법제도는 ‘법학적 방법’의 시초라고 할 수 있는 사비니의 법이론 전체의 기반이고, 전체 법질서를 파악하는데 있어 핵심적인 역할을 하는 개념으로 이해되고 있다.<sup>559)</sup> 앞에서 살펴본 것처럼, 사비니의 ‘법제도’는 객관적인 법의 특정한 발현형태를 나타내는 체계적인 근본개념에 해당하는 것이다. 사비니는 법학을 통하여 제도의 특유한 법적 내용을 탐구하여야 한다고 하였다. 사비니에 따르면, 법제도로부터 법규(Rechtssatz)가 추상화를 통하여 추론되고, 법제도가 결합하여 체계를 형성하는 관계에 있다.<sup>560)</sup> 사비니의 법제도 개념은 ‘법학적 방법’의 주요한 구성요소이다.

<sup>558)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>559)</sup> 남기윤, 『법학방법론』, 2015, 고려대학교출판문화원, 378면 참조.

<sup>560)</sup> 이에 대하여는 21면 이하에서 상술하였다.



## 2) 오토 마이어의 법제도

‘법학적 방법’을 계승한 오토 마이어 역시 법제도를 중시하였다. 그에게 있어 법제도는 “법률관계에서 확인된 권리주체의 법률관계가 제공하는 모든 소재를 다루기 위한 법학의 보조수단”<sup>561)</sup>이다. 오토 마이어는 ‘법제도’라는 도구를 사용하여, 행정에 대한 지도 원리인 법이념에 따라 만들어진 행정법의 틀 속에 내용물을 완성하였다.<sup>562)</sup> 오토 마이어는 행정법학의 임무를 그와 같이 완성된 개별 행정법의 법제도들의 체계를 설명하는 것으로 인식하였다.<sup>563)</sup>

오토 마이어는 행정법제도를 두 유형으로 분류한다. 첫 번째 유형은 권력적인 하명(Befehl)이다.<sup>564)</sup> 권력적 하명은 특정 영역 내에서 하나의 법제도가 된다. 두 번째 유형은 민법으로부터 차용한 법제도이다.<sup>565)</sup> 그는 행정법제도의 예로, “엄격한 일방성으로 인해 공법의 특유성을 결정적으로 보여주는”<sup>566)</sup> 경찰법제도와 재정법제도, 그리고 “민사법의 법제도에 대응하는 공법 영역의 법제도”<sup>567)</sup>인 공물법, 특별한 공법상 채권관계, 공법상 법인격 있는 행정 등의 법제도로 구별하여 설명한다.<sup>568)</sup> 이러한 법제도는 실정 법률과의 관계에서 결정되는 것이다. 즉, 실정 법률에 따라 행정법제도와 민사법제도가 만들어지고, 둘 사이의 경계선은 실정 법률이 결정한다.<sup>569)</sup>

---

<sup>561)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl, 1924, S.113.

<sup>562)</sup> Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.86 참조.

<sup>563)</sup> Otto Mayer, a.a.O., S.21 참조.

<sup>564)</sup> Ebenda, S.114 참조.

<sup>565)</sup> Ebenda, S.114 참조.

<sup>566)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>567)</sup> Ebenda, Vorwort.

<sup>568)</sup> Ebenda, Vorwort 참조.

<sup>569)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.116-117 참조.

### (3) 법체계

법체계를 중시하는 ‘법학적 방법’의 전통은 오토 마이어에게도 나타나고 있다. 오토 마이어는 ‘엄격한 체계’를 요구하는 것을 독일 법학의 고유한 성격으로 설명<sup>570)</sup>하면서, 행정법학의 임무를 “여러 란트의 법으로 흩어져있는 개별 행정법의 법제도들의 체계를 설명하는 것”<sup>571)</sup>이라고 하여, 체계를 중시하는 사비니 이래의 ‘법학적 방법’의 전통을 계승하고 있다.

“모든 내용을 고유한 법이념(Rechtsidee)에 따라 체계적으로 설명하고 종합하여 조직화하는 것을 통하여, 행정법학은 오래된 자매학문과 나란히 설 수 있게 된다.”<sup>572)</sup>

## Ⅲ. 독일 행정법학의 독자성 강조

오토 마이어 행정법학은 프랑스 행정법과 독일 민사법학의 영향을 받았지만, 한편으로는 민사법학과 프랑스 행정법으로부터 독일 행정법학의 독자성을 확보하고자 노력하였다. 이를 위하여 민사법학과와의 관계에서는 개념의 ‘적응’과 용어의 ‘유보’, 그리고 민사법제도와 행정법제도의 차이점을, 프랑스 행정법과의 관계에서는 ‘독일’의 개별 법제도를 각각 강조하였다.

### 1. 민사법학으로부터의 독자성

#### (1) 개념: ‘적응’과 ‘유보’

오토 마이어는 위와 같이 민사법학의 개념들이 행정법학에 유용하게 사용

---

<sup>570)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.18 참조.

<sup>571)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>572)</sup> Ebenda, S.20.

될 수 있음을 인정하면서도, 한편으로는, 민사법학에서 창조해 낸 기본개념이라도 행정법학에 적용될 때에는 반드시 행정법학에 적합하도록 적응(Anpassung)되고, 다시 녹아들어야(Umschmelzung)<sup>573)</sup> 하고, “민사법학의 기술적인 용어들을 사용할 때에는 ‘유보’(Vorbehalt)가 필요하다.”<sup>574)</sup>고 하여, 민사법학의 개념을 사용할 때에도 반드시 행정법학의 입장에서 행정법학의 용어와 개념으로 만들어서 사용하여야 함을 강조하였다.

## (2) 법제도: 행정법제도와 민사법제도의 구별

전술한 바와 같이, 오토 마이어는 행정법제도와 민사법제도의 관계에 대하여 다음과 같이 차이점을 설명하고 있다. 먼저, 유추해석의 방법으로 민사법 규정들을 끌어오는 것을 통하여 공법의 법제도를 향상시키고 보충하는 것은 허용되지 않는다. 다음으로, 공법적이면서 민사법적인 공통의 법제도는 존재하지 않는다. 다음으로, 직접적으로 민사법적 효력을 가지는 공법적 법제도는 존재하지 않는다. 또한, 공법적인 측면과 민사법적인 측면을 모두 가질 수 있는 국가법질서는 존재하지 않는다는 것이다.<sup>575)</sup>

## 2. 프랑스 행정법으로부터의 독자성

오토 마이어는 독일 행정법학의 성립에 큰 영향을 주었던 프랑스 행정법과의 관계에서, ‘독일’의 행정법학을 확립하고자 하였다. 그는 ‘잘 정돈된 이론’인 프랑스 행정법에 견줄 수 있는 독일 행정법학을 만들하고자 하였다.

“우리의 독일 행정법학이 (프랑스 행정법과) 비슷한 결과에 이르도록 근접

---

<sup>573)</sup> Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.21.

<sup>574)</sup> Ebenda, S.21.

<sup>575)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.117-118 참조. 이에 대하여는 95면 이하에서 상술하였다.

하게 될 것이라고 누가 확언할 수 있었는가?”<sup>576)</sup>

그에게 있어 독일 행정법은 “독일의 공통된 문화의 산물”<sup>577)</sup>이었고, 행정법학의 임무는 ‘독일’ 행정법의 개별 법제도의 체계를 설명하는 것이었다.

### 제3절 법학적 방법의 지도원리: 법치국가 사상

오토 마이어의 ‘법학적 방법’에 있어 법치국가 사상은 지도이념으로서의 법이념으로 작용하고, 그의 방법론은 법치국가 사상에 의하여 지도를 받은 것으로 평가되고 있다. 즉, 법치국가 사상은 오토 마이어의 ‘법학적 방법’에 있어 지도 원리로 작용하고 있다.<sup>578)</sup> 본 절에서는 법치국가의 성립에 대한 역사적 설명, 오토 마이어의 법치국가의 요건, 그리고 법치국가 사상의 방법론적 지위에 대하여 살펴본다.

#### I. 법치국가의 성립

##### 1. 법치국가의 역사적 성립과정

독일의 법치국가는 ‘제후 고권’(landesherrliche Hoheitsrecht)의 시기와 ‘경찰국가’(Polizeistaat)의 단계를 거쳐 성립되었다. 경찰국가는 군주가 법적 제한 없이 자신의 권한을 무제한적으로 행사할 수 있는 ‘국가 권력의 절대적 우위’를 그 특징으로 하였다.<sup>579)</sup> 그러나 한편으로, 경찰국가에서는 사법부의

<sup>576)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, Vorwort.

<sup>577)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.21.

<sup>578)</sup> 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정학회연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 26면; Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S.24 등 참조.

독립이 인정되어 군주가 임명한 일반재판소에서 민사재판과 국법 관련사건 재판을 담당하였는데, 군주가 재판에 대하여 보유하던 대권 행사에 따른 ‘대권재판’<sup>580)</sup>(Machtspruch)이 점차 사라져감에 따라, 재판소에 의한 민사재판과 형사재판은 특별한 지위를 얻게 되었고 그 결과 사법부는 독립된 기관으로 인정받게 되었다.<sup>581)</sup>

오토 마이어는 이러한 경찰국가의 예에 따라, “국가에 대하여 민사법을 적용할 수 있고, 민사재판을 관할하는 민사재판소에 의하여 국가도 재판을 받을 수 있게”<sup>582)</sup> 되었다는 것을 경찰국가의 법치국가에 대한 영향으로 설명한다. 그리고 이에 더하여, 법치국가에서는 국가의 모든 일반적인 고권적 권력은 법률의 형식으로만 행사될 수 있다는 새로운 요건을 갖추어야 한다고 하면서, 이를 위하여 ‘행정을 위한 공법’이 필요하다는 점을 강조한다.<sup>583)</sup>

## 2. 법치국가에 대한 인식

오토 마이어의 법치국가 사상은 ‘잘 정돈된 행정법의 국가’와 ‘행정의 사법형식성’이라는 두 가지 측면에서 설명되고 있다. 한편, 오토 마이어는 법치국가사상이 독일의 특유한 사상이 아니라 프랑스 등 자매국가들에서도 공통적으로 발전된 사상이라고 설명하면서, 법치국가 사상의 보편성을 강조한다.<sup>584)</sup>

---

579) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.54 참조.

580) 이에 대하여 군주가 직접 재판에 관여하여 자신의 행위에 대한 사법부의 위법성 판단을 무력화시킬 수 있다는 특징을 중시하여 이를 ‘직권재판’으로 정의하는 견해로는 박훈민, 『독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구 - 국가사인설의 이론사적 고찰을 중심으로』, 2014, 서울대학교 박사학위논문, 18면 참조.

581) Otto Mayer, a.a.O., S.41 참조.

582) Ebenda, S.54f.

583) Ebenda, S.55 참조.

584) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.65 참조.

## II. 법치국가의 요건 (1): 잘 정돈된 행정법의 국가

오토 마이어는 경찰국가와 법치국가의 중요한 차이점으로 ‘행정을 위한 공법’의 필요성을 주장하였다. 그에 따르면, 경찰국가는 “본래 행정법 제도를 알지 못하였고”, “민사법의 영역 밖에는 “행정의 전능함이 지배하였다.”<sup>585)</sup> 오토 마이어는 이러한 경찰국가의 토대 위에서, 경찰국가에 법적 요소를 추가함으로써 법치국가를 확립하고자 하였다.

이러한 “경찰국가의 法化”<sup>586)</sup>(Legalisierung des Polizeistaates)에 따라 법치국가가 나타났다. 법치국가는 경찰국가와 달리 국가 작용의 효력을 “법의 방법에 의하여”<sup>587)</sup> 규정할 것을 요건으로 한다. 오토 마이어에 따르면, 법치국가에 이르러 행정이 어떤 것을 할 수 있는지의 문제와 행정의 어떤 작용이 법적으로 유효한지의 문제 등이 중요하게 되었다고 한다.<sup>588)</sup> 그런데 국가 작용 중에서 사법(司法) 작용은 경찰국가 시대부터 “모든 것이 잘 정돈되어”<sup>589)</sup> 있으므로, 결국 행정 작용에 대하여만 그 작용의 효력을 법의 방법에 의하여 규정할 것을 요청하게 된다.<sup>590)</sup> 그래서 오토 마이어에 있어서 법치국가는 “잘 정돈된 행정법을 가진 국가”<sup>591)</sup>(Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts)가 된다.

오토 마이어가 제시한 법치국가의 이러한 요건은 당시 법치국가를 주장하던 공법학자의 견해와도 일치하는 것이었다. 오토 마이어에 따르면, 슈탈은 오토 마이어와 마찬가지로 국가 작용을 ‘법의 방법에 의하여’ 규정하는 것을 법치국가로 보았고, 기에르케는 ‘법 위에 있는 국가가 아니라, 법 안에 있는

---

<sup>585)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.114.

<sup>586)</sup> Reimund Schmidt-de Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S.49.

<sup>587)</sup> Otto Mayer, a.a.O., S.58.

<sup>588)</sup> Ebenda, S.114 참조.

<sup>589)</sup> Ebenda, S.58.

<sup>590)</sup> Ebenda, S.58 참조.

<sup>591)</sup> Ebenda, S.58.

국가’를 법치국가로 보았다고 한다.<sup>592)</sup>

오토 마이어는 더 나아가 ‘잘 정돈된 행정법’을 가진 법치국가를 위해서, 헌법의 역할에 주목한다. 그는 ‘헌법에 따라 제정된 법률’을 통하여 법규가 제공됨으로써, “법질서가 있는 생활이 실현”<sup>593)</sup>(Erfüllung des Lebens mit Rechtsordnung)되는 것이 바로 법치국가라고 보았다.

“헌법은 법규를 제공할 수 있는 법률이라는 수단을 제공한다. 법치국가가 되기 위해서는 그러한 수단이 풍부하게 사용됨으로써, 사법부의 모범형이 실현되어야 한다. 법질서가 있는 생활의 실현.”<sup>594)</sup>

### Ⅲ. 법치국가의 요건 (2): 행정의 사법형식성

#### 1. ‘사법부의 모범형’의 실현

##### (1) 사법판결

오토 마이어는 잘 정돈된 행정법의 국가가 법치국가라고 하면서도, 그것만으로는 법치국가가 아니라고 한다. 그는 ‘사법부의 모범형’의 실현을 위하여, ‘아주 잘 정돈된 공법적 국가작용’인 일반 법원의 ‘판결’(Urteil)에서부터 다시 논의를 시작한다.<sup>595)</sup> 오토 마이어에 따르면, 일반 법원의 판결은 법률과 마찬가지로 개인에게 그가 공권력으로부터 기대할 수 있는 것을 보증하는 기능을 하는 법적 보증장치가 된다.<sup>596)</sup> 행정에 대하여 이러한 판결과 동등한 법적 결정을 할 수 있는 두 가지 방법으로, 오토 마이어는 행정사건에 대한

---

<sup>592)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.58(Fn.7) 참조.

<sup>593)</sup> Ebenda, S.58f.

<sup>594)</sup> Ebenda, S.58f.

<sup>595)</sup> Ebenda, S.59 참조.

<sup>596)</sup> Ebenda, S.59 참조.

‘사법판결’(Justizurteil)과 행정에 독자적인 것으로서 사법판결에 상응하는 형식을 가지는 것 — ‘행정행위’ — 을 제시한다.<sup>597)</sup>

## (2) 행정사법

오토 마이어는 프랑스의 경우와 독일의 경우를 비교하면서 독일과 프랑스에서의 발전과정은 동일한 것이었다고 설명한다. 프랑스에 있어서는, 독립된 재판소(Parlement)가 행정사건에 대하여 권한을 가지고 있다가 프랑스 대혁명 이후에 행정사건에 관여할 수 없게 되었다고 설명한다. 그 결과 행정권과 사법권은 대등한 것이 되었고, 행정은 사법과의 관계에 있어서 ‘대등성’(Gleichwertigkeit)을 재판소의 판결의 대응물인 ‘행정행위’(l'acte administratif)를 통하여 유지하게 된다고 설명한다.<sup>598)</sup>

독일에서는 경찰국가 시대에서부터 독립된 사법부가 존재했고, 행정은 스스로는 법을 실현할 수 없기 때문에 행정에 대한 사법부 및 사법부 판결의 지배가 법치국가의 행정의 일부를 이룬다는 생각이 나타났다고 한다.<sup>599)</sup> 그리고 법치국가가 요구하는 법의 ‘실현’(Realisierung)은 오로지 정규 재판소의 판결에 의하여서만 가능한 것으로 인식되었다고 한다.<sup>600)</sup> 여기에서 오토 마이어는 이른바 ‘행정사법’<sup>601)</sup>(行政司法; Verwaltungsrechtspflege)의 문제를 언급한다. 행정의 독자성과 엄격한 사법주의 사이에서, 당시의 법은 행정사법

<sup>597)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.59 참조.

<sup>598)</sup> Ebenda, S.59 참조. 행정의 사법형식성에 대한 논리적 도출과정에 대한 설명은 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 20-21면; 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 20-23, 45-46면 등 참조.

<sup>599)</sup> Otto Mayer, a.a.O., S.60.

<sup>600)</sup> Ebenda, S.60 참조.

<sup>601)</sup> 행정사법에 대하여는 박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 2008, 박영사, 42면; 塩野 宏(서원우/오세탁 역), 『일본행정법론』, 1996, 법문사, 15-16면 참조. 행정사법 개념의 발견과 오토 마이어 시대의 독일의 행정쟁송제도에 대한 설명으로는 최계영, 전거서, 42-46면 참조.



을 인정<sup>602</sup>)하였음을 근거로 그는 다음과 같이 설명한다.

“행정에 소속된 행정청이 법적으로 구속력 있는 결정을 개별 사안에 대하여, 행정재판(Verwaltungsgericht)이라는 이름으로 그리고 정해진 (소송)절차의 원칙에 따라 할 수 있다면, 행정청의 동일한 유형의 의사표명이, 그러한 이름과 절차를 따르는 특별함 없이도, 법적으로 구속력 있는 효력을 가질 수 있어야 한다.”<sup>603</sup>)

오토 마이어는 행정사법으로부터 행정의 사법형식성에 이르는 이론을 형성함에 있어 로이트홀트(Leuthold)의 영향을 받았음을 밝히고 있다.<sup>604</sup>) 오토 마이어에 따르면, 로이트홀트가 먼저 법치국가 개념이 행정의 사법형식성에 이르게 된다는 것을 인식하였다고 한다.<sup>605</sup>) 로이트홀트는 법치국가의 특징을 ‘사법(Justiz)의 모범형’으로부터 찾았는데, 그것은 ‘규범을 만드는 것’(Normengebung)과 ‘법을 적용하는 것’(Rechtsprechung)으로 구분되는 것이었다고 한다. 그리고 로이트홀트는 행정 영역 내에서 ‘법을 적용하는 것’의 대응물로 행정사법을 발견하였다고 한다.<sup>606</sup>)

---

<sup>602</sup>) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.60 참조. 오토 마이어는 프랑크푸르트 헌법 제181조에는 “행정사법은 중단한다. 모든 법 위반에 대하여 재판소가 결정한다.”고 규정되어 사법주의의 승리로 보였으나, 실제로는 위 헌법규정이 실현되지 않았다고 설명한다. Ebenda, S.60(Fn.12) 참조. 당시 독일에서는 그나이스트 등의 노력으로 행정재판소가 설립되었다. 독일에서의 행정재판소의 성립과정에 대한 역사적 설명으로는 박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 2008, 박영사, 42면 이하; 박훈민, 『독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구 - 국가사인설의 이론사적 고찰을 중심으로』, 2014, 서울대학교 박사학위논문, 110면 이하; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.387; 塩野 宏(서원우/오세탁 역), 『일본행정법론』, 16면 등 참조.

<sup>603</sup>) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.60.

<sup>604</sup>) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.65(Fn.20) 참조.

<sup>605</sup>) Ebenda, S.65(Fn.20) 참조.

<sup>606</sup>) Ebenda, S.65(Fn.20) 참조.

## 2. 행정의 사법형식성 요건의 도출

행정사법의 외부에 있는 일반적인 행정 영역에서, ‘민사재판소의 판결의 대응물’로 행정행위 개념이 등장한다.<sup>607)</sup> 오토 마이어에 따르면, 법치국가에 필수적인 민사재판소의 판결의 대응물은 국가권력과 국민, 즉 적법한 법규와 그 적용을 받는 개인 사이의 ‘매개물’(Zwischenbau)의 일종이라고 한다.<sup>608)</sup> 그리고 그것은 개별 사안에서 무엇이 법이어야 하는가에 대한 행정청의 의사표명으로, 프랑스의 ‘행정행위’(l'acte administratif)와 같은 것이라고 한다.<sup>609)</sup>

이러한 점에서 행정사법(行政司法)은 ‘특정 형식의 행정행위의 발령’을 의미하게 되고, 그러한 형식 없이 발령되는 수많은 행정행위들은 법질서의 고찰을 더 많이 받아야 하게 된다.<sup>610)</sup> 그리고 법치국가의 요청은 행정 영역에 법규를 제공하여야 하고 동시에, “개별 사안에 대하여 무엇이 법이고 무엇이 집행되어야 하는지를 결정하기 위하여 행정행위가 사전에 규정되어야 하고 충분히 적용될 수 있어야 한다.”<sup>611)</sup>는 요청에 이르게 된다. 그래서 오토 마이어에 있어서 법치국가는 “행정이 가능한 최대한 사법형식성을 갖는 것”<sup>612)</sup>을 의미하게 된다. 오토 마이어는 행정의 사법형식성은 “행정을 하는 국가가 당사자(Partei)의 역할이 아닌 재판소(Gericht)의 역할을 하는 것”<sup>613)</sup>을 의미

<sup>607)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.62 참조.

<sup>608)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.65(Fn.20) 참조.  
오토 마이어는 자신이 주장하는 ‘매개물’(Zwischenbau)은 그나이스트가 시도했던 ‘정치적 매개체’와는 완전히 다른 것이라고 설명한다. 그나이스트는 행정의 독자성을 근거로 행정사법을 주장한 사람들과 사법주의를 주장한 사람들 사이의 정치적 타협으로 행정재판소의 설립을 주도하였다. 당시의 상황에 대한 설명은 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992, S.387 참조.

<sup>609)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.62 참조.

<sup>610)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.65 참조.

<sup>611)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.62.

<sup>612)</sup> Ebenda, S.62.

<sup>613)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.65(Fn.20). 여기에

하는 것이라고 설명한다.<sup>614)</sup>

오토 마이어에 따르면, 행정의 사법형식성은 “행정이 사법에 완벽하게 동일한 형태로 끼워 맞춰지는”<sup>615)</sup> 것을 의미하는 것은 아니고, 행정 작용의 목적에 부합하는 범위에서 ‘가능한 한’ 행하여져야 하는 것이라고 한다.<sup>616)</sup> 그리고 행정의 사법형식성은 입법권에 대한, 또한 법규명령과 행정행위를 발할 수 있는 행정청에 대한 법치국가의 요청이라고 한다.<sup>617)</sup> 그러나 오토 마이어는 행정의 사법형식성의 요구에 대하여서도 여전히 ‘법학적 방법’을 통한 ‘적응’(Anpassung)을 강조하면서, ‘법학적 방법’에 의하지 않고 단순하고 급하게 행정의 사법형식성의 도입을 무리하게 시도하는 것을 경계한다.<sup>618)</sup>

“그러나 이러한 (행정의 사법형식성의) 가능성을 촉진시키기 위해서는, 우리의 소재들을 법학적인 방법으로 관통하고 적응시키는 것이 필요하다.”<sup>619)</sup>

### 3. 한스 켈젠의 ‘행정의 사법형식성’과의 비교

오토 마이어는 한스 켈젠의 행정의 사법형식성(Justizförmigkeit) 또는 행정의 사법적 성격(Justizmäßigkeit) 개념은 자신이 설명하는 행정의 사법형식성과는 ‘다른 것’(etwas anderes)이라고 설명한다.<sup>620)</sup> 이에 대하여, 한스 켈젠은

---

서 오토 마이어는 판(Pann)의 견해를 인용하여 설명한다.

614) 오토 마이어의 ‘행정의 사법형식성’에 대한 상세한 설명은 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 20-21면; 이상덕, 『영조물의 개념과 이론』, 2010, 경인문화사, 24-28면; 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 20-23면; 최계영, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 181-185면 등 참조.

615) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.63.

616) Ebenda, S.63 참조.

617) Ebenda, S.63 참조.

618) Ebenda, S.63 참조.

619) Ebenda, S.63.

오토 마이어의 견해에 대하여 다음과 같이 인식하고 있다.

“오토 마이어는 법치국가에서 행정이 따라야 할 것으로 사법(Justiz) 모델을 제시하였다. 오토 마이어는 행정과의 관계에서 법치국가사상의 완성을 다음의 관점에서 보았다: 즉, 재판(Gericht)과 마찬가지로 법률에 복종하는 행정. 오토 마이어는 법치국가적 행정의 본질을 사법형식성으로 보았다.”<sup>621)</sup>

한스 켈젠은 ‘행정의 사법형식성의 요청’에 대하여, 행정에 속하는 어떤 유형의 행위가 ‘사법 판결과의 동질성’ 때문에 사법 판결과 동일한 형태로 나타나게 되는 것을 의미하는 것이라고 한다.<sup>622)</sup> 그리고 이러한 행정의 사법형식성의 요청은 법치국가에 있어서는 부차적인 것이라고 설명한다.<sup>623)</sup> 그에 있어 법치국가의 필수적 요소는 바로 국가가 자신의 모든 권력의 표현의 전체로서 법질서 아래에 복종하는 것, 즉 정치적 원리인 법의 지배 원리이다. 그리고 그러한 정치적 원리의 법적 결과는 ‘국가의 보편적인 인격화’, 즉 국법의 논리적 전제조건인 법치국가사상이라고 한다.<sup>624)</sup>

한스 켈젠은 행정 작용과 사법 작용은 그 실질에 있어서는 동일하고, 단지 형식적·조직적 차이점만이 그 구별기준이 된다고 보았다.<sup>625)</sup> 그에 따르면,

---

<sup>620)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.62(Fn.17) 참조.

<sup>621)</sup> Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Vol. 31, 1913, S.212.

<sup>622)</sup> Ebenda, S.75 참조.

<sup>623)</sup> Ebenda, S.75 참조.

<sup>624)</sup> Ebenda, S.75 참조. 한편, 한스 켈젠은 국가 전체가 법질서에 복종하는 것을 법치국가로 이해하기 때문에, 행정과 관련하여 법치국가 사상은 ‘행정의 사법적 성격’(Justizmäßigkeit der Verwaltung)의 요청에 국한될 수 없다고 한다. Ebenda, S.216 참조.

<sup>625)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 100면. 여기에서는 한스 켈젠의 견해에 대하여, 직접적 행정에 속하는 작용은 ‘행정’에 속하지만 허가·특허 등 신청에 대하여 발령하는 수익적 처분과 행정상 의무 위반에 대하여 과하는 제재처분과 같이 ‘법률을 적용하여 법적 효과를 발생시키는 작용’은 사법과 실질적으로 다르지 않고 단지 ‘담당기관의 조직상의 차이’

행정과 사법은 일반적인 법규범을 적용하는 작용이라는 점에서 본질적인 차이점이 인정될 수 없으며, 기능에 있어서도 아무런 차이가 없고 오로지 담당하는 기관만 다른 것이라고 한다.<sup>626)</sup> 그리고 그 담당기관의 차이 역시 역사적으로 형성된 것이라고 한다.<sup>627)</sup> 이러한 한스 켈젠의 인식에 따르면, 사법과 행정은 본질적으로 동일한 것이기 때문에, 행정의 사법형식성에 대하여는 행정이 사법 판결과의 동질성 때문에 사법 판결과 동일한 형태로 나타나게 되는 것으로 인식하게 된다.<sup>628)</sup>

한스 켈젠의 행정의 사법형식성에 대한 인식은, 사법형식성의 문제를 ‘작용의 본질’이 아닌 ‘담당 기관’의 문제로 보면서 민사재판의 판결과 같은 행정행위의 관념을 중시하는 오토 마이어의 인식과는 — 오토 마이어가 지적한 것처럼 — 다른 것이라고 할 수 있을 것이다. 한스 켈젠이 위와 같이 사법과 행정의 ‘동일성’을 전제로 함에 반하여, 오토 마이어는 사법과 행정의 ‘엄격한 분리’에 기초하고 있다. 오토 마이어는 한스 켈젠과는 달리 행정 작용과 사법 작용의 본질적 차이를 전제로 하면서, 행정 작용이 사법 작용을 담당하는 정규 재판소와 같이 사법의 형식을 갖추어야 한다는 것, 즉 엄격한 법적 작용이어야 한다는 점을 강조하였다는 점에서, 그의 인식은 한스 켈젠의 인식과 차이가 있다고 할 수 있다.<sup>629)</sup>

#### 4. 소결

결국 오토 마이어의 법치국가에 있어 핵심개념을 이루는 행정의 사법형식

밖에 없는 것이라고 설명한다.

<sup>626)</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., 1934, S.90-91 참조.

<sup>627)</sup> Ebenda, S.90-91 참조.

<sup>628)</sup> Hans Kelsen, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 31, 1913, S.75 참조.

<sup>629)</sup> 오토 마이어의 법치국가이념에는 ‘법에 대한 국가의 우위’라는 국가이념에 의해 법치국가를 행정 영역에서 ‘행정의 사법형식성’으로 한정하는 한계가 있다는 견해로 최계영, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 190-192면 참조.

성은 행정이 재판소의 역할을 하는 것, 그리고 행정의 행위가 재판소의 판결이 되는 것을 의미하게 된다.<sup>630)</sup> 행정의 사법형식성은 오토 마이어에 있어서는 사법 작용이나 행정 작용의 성질의 문제가 아니라 ‘담당 기관’의 문제이다. 그래서 재판소(Gericht)라는 기관이 중요하고, 행정이 재판소의 역할을 하는 것이 핵심이 된다. 그리고 행정행위는 재판소의 판결과 같은 법형식으로 이루어져야 하는 것이 된다.<sup>631)</sup>

#### IV. 법치국가 사상의 방법론상 지위

##### 1. 법치국가 사상의 지도적 역할

오토 마이어는 행정에 대한 일반적인 법적 지도 원리로서 ‘법이념’(Rechtsidee)을 발전시켰는데, 법이념은 ‘법소재’(Rechtsstoff)를 완전하게 파악하게 하고 그것을 내용적으로 정리하는 데 기여하는 것이었다.<sup>632)</sup> 오토 마이어의 법치국가 사상은 방법론적으로, 개념·제도·체계를 이끄는 지도이념으로서의 법이념으로 작용한다.<sup>633)</sup> 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 핵심인 법개념과 법제도의 형성은 본질적으로 법치국가 사상에 의하여 지도를 받은 것이다.<sup>634)</sup> 오토 마이어는 법개념과 법제도의 형성에 있어, 실정법규정을 통한 개념구성에만 의존한 것이 아니라 법치국가 이념에 비추어 법제도를 정립하였다는 점에서, 당시의 법실증주의와 구별되는 ‘법학적 방법’을 형성하였다고 평가할 수 있다.<sup>635)</sup>

630) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 21면 참조.

631) 박정훈, 전제논문, 21면 참조.

632) Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.86 참조.

633) 박정훈, 전제논문, 26면 참조.

634) Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S.24 참조.

## 2. 법개념과 법제도 형성에 있어 법치국가 사상의 영향

19세기의 ‘법학적 방법’은 그 목적이 행정을 법에 구속되도록 하려는 것에 있었다.<sup>636)</sup> 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 법치국가 이념에 의한 지도를 받았다. 이 점에서, 법에 의한 행정의 구속이라는 방법론적 목적에 부합하는 것이었다. 이러한 목적은 행정법의 모든 영역에서 실현되었다.

### (1) 행정법 총론 영역

오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 특징인 법개념과 법제도의 형성에 있어 지도 원리인 법치국가 이념이 개입한다. 오토 마이어는 이를 ‘법치국가의 요청’(Forderung des Rechtsstaates)으로 표현한다. 지도 원리인 법치국가의 요청은 법개념과 법제도의 형성에 관여한다.

예컨대, 오토 마이어는 ‘행정’ 개념에 새로운 헌법의 도입에 따른 ‘법치국가의 요청’을 역사적 추가물로 포함시킨다.<sup>637)</sup> 즉, 새롭게 만들어진 형태의 입법에 복종하여야 한다는 요청에 구속되어야 한다는 것을 행정이라는 개념 형성에 있어 개념요소로 추가한다.<sup>638)</sup>

법치국가적 요청은 법제도의 형성에도 영향을 미친다. 오토 마이어는 “법규를 만들 수 있는 법률이라는 수단이 풍부하게 사용됨으로써 사법부의 모범형이 완성되는 것, 즉 법질서가 있는 생활을 실현하는 것”<sup>639)</sup>을 법치국가의 요청이라고 한다. 또한, 법치국가의 요청인 ‘행정의 사법형식성’을 법규를

---

635) 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 2007, 박영사, 26면 참조.

636) Walter Krebs, Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht, in Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.214 참조.

637) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.9.

638) Ebenda, S.9.

639) Ebenda, S.58-59.

만드는 입법권 및 행정행위와 행정명령을 발하는 행정청에 대한 것으로 이해한다.<sup>640)</sup> 그 밖에도 “법률의 지배를 행정의 영역에도 확보하는 것”<sup>641)</sup>을 법치국가의 요청으로 보고, “법률유보는 행정의 모든 영역에서 법치국가의 요청의 실현”<sup>642)</sup>이라고 한다. 이와 같이 오토 마이어는 법률을 통한 법제도의 형성에도 법치국가의 요청이 폭넓게 관여하는 것으로 본다.

## (2) 각론: 경찰법 영역

오토 마이어의 행정법학에 있어 ‘법치국가의 요청’은 행정법제도 중에서 종래 관방학과 경찰학의 핵심 영역이었던 경찰권과 재정권의 영역에서의 법제도 형성에 있어서 보다 큰 역할을 한다. 오토 마이어에 따르면, 경찰국가는 행정법제도를 알지 못했고, 법치국가에서 비로소 행정법제도가 형성되기 시작하였다.<sup>643)</sup>

오토 마이어는 행정작용의 특수한 유형인 경찰작용에 특유한 공권력의 발현 형태인 경찰권을 대상으로 하는 법제도, 즉 ‘경찰법 제도’가 자신의 『독일행정법』 제19장의 대상이라고 하면서, ‘경찰 개념’(Polizeibegriff)에서부터 논의를 시작한다.<sup>644)</sup> 오토 마이어는 역사적으로 경찰 개념이 라틴어 ‘폴리티아’에서부터 시작되었고, 근대사회에서는 군대와 사법기능을 포함하는 국가의 신민에 대한 모든 관계를 나타내는 개념이 되어, 사회와 그 구성원을 ‘보호’하는 것뿐만 아니라 사회의 이익을 ‘증진’하는 것까지 추가됨으로써 결국 모든 ‘내무행정’을 의미하는 개념으로 확대되었다고 설명한다. 역사적 설명의 다음 단계로, 헌법국가와 법치국가의 성장으로 인해 법적 근거 없이는 더 이상 개인의 자유와 재산을 침해할 수 없는 단계에 이르게 되었다고 한다.<sup>645)</sup> 그리고 경찰권은 신민에 대한 고권적 영향의 포괄적인 수단에 해당하

<sup>640)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.63 참조.

<sup>641)</sup> Ebenda, S.62.

<sup>642)</sup> Ebenda, S.73.

<sup>643)</sup> Ebenda, S.114 참조.

<sup>644)</sup> Ebenda, S.203 참조.



는 공권력인데, 이러한 경찰권은 최대한 법치국가의 형식을 받아들였다고 한다.<sup>646)</sup>

오토 마이어에 따르면, 경찰법제도에 있어 법치국가적 요청은 다음과 같은 형태로 구체적으로 발현된다. 즉, 개인의 자유와 재산을 침해하는 경찰하명을 하는 경우에는 반드시 법적 근거가 있어야만 유효한 하명을 할 수 있다.<sup>647)</sup> 그리고 이러한 경찰 하명은 행정법이 허용하는 두 가지 형식, 즉 ‘경찰법규’와 ‘행정행위’의 형식을 통하여서만 가능하다.<sup>648)</sup> 그런데 법치국가적 관점에서는 그것만으로는 부족하고, 모든 것이 가능한 한 법규, 즉 경찰법률(Polizeigesetz)과 경찰명령(Polizeiverordnung)에 의하여 결정되어야 한다는 요건이 필요하다고 한다.<sup>649)</sup>

전술한 바와 같이, 오토 마이어는 『독일행정법』 제1판 서문에서, 경찰권과 재정권은 엄격한 일방성으로 인해 공법으로서의 독자성을 결정적으로 보여주는 것이라고 한다. 종래 관방학의 핵심 영역이었던 경찰과 재정을 ‘법치국가적 요청’이라는 개념을 통하여 새로운 법치국가적 행정법 제도로 형성하였다는 점에서, 오토 마이어의 행정법학은 의미가 있다고 할 것이다.<sup>650)651)</sup>

---

645) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.203-206 참조.

646) Ebenda, S.209 참조.

647) Ebenda, S.228 참조.

648) Ebenda, S.228-229 참조.

649) Ebenda, S.230 참조.

650) 오토 마이어의 법치국가 사상은 ‘법학적 방법’의 지도 원리로 작용한다는 점에 있어서는 의미가 크다고 할 것이지만, 오토 마이어의 법치국가 사상이 그 자체로 완벽한 이론이라는 의미는 아니다. 오토 마이어에 있어서 행정은 법에 의한 구속은 받으나 사법에 의한 통제를 받지 않게 되고, 법치국가가이념이 국가이념에 의한 제한을 받게 되는 한계를 갖는다는 지적으로 최계영, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 180-182면 참조.

651) 재정법 영역에 대한 지도 원리로서 법치국가 사상의 영향은 후술한다.

## 제4절 비교 및 평가

### I. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의

#### 1. 종합과학성의 양면성

로렌츠 폰 슈타인의 방법론의 핵심은 종합적인 국가학적 접근방법, 즉 방법론의 ‘종합과학성’에 있다. 그는 철학, 정치학, 사회학, 경제학 등 다양한 사회과학적 기반의 연구를 수행하면서 그 모든 분야에서 근본적인 발견을 한 학자이면서 동시에 법학자였다.<sup>652)</sup><sup>653)</sup> 그러나 그의 종합적인 연구는 학문 분야가 더욱 세분화된 오늘날에는 더더욱 독립적인 학문으로 평가받기 어려운 상황에 놓여 있다.<sup>654)</sup> 그럼에도 그의 연구는 종합과학성으로 인해 행정법학의 내용을 풍부하게 하였다는 점에서 인정받고 있기도 하다. 오토 바호프는 로렌츠 폰 슈타인의 연구방법이 소멸됨으로써 중요한 지식의 원천들이 사라지게 되어 행정과학과 행정법학이 빈곤해졌다고 평가한다.<sup>655)</sup>

오토 바호프는 행정이 매우 다양한 과학의 대상이라고 하면서, “단면적인 법학적 연구방법은 이제는 과거의 것이고, 이러한 설명은 법학자들 사이에서도 더 이상 반대를 찾기 어렵다”<sup>656)</sup>고 하여, 행정법학의 방법론에 있어서 사회과학 등 다른 학문의 지식을 활용할 것을 제안한다.

---

<sup>652)</sup> Joachim Krause, Renaissance der Staats- und Verwaltungswissenschaften, oder kreatives Management von Interdisziplinarität?, in: Brüning/Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit, 2015, S.229 참조.

<sup>653)</sup> Utz Schliesky는 행정법학의 역할을 ‘현실에 대한 법적 규율’(rechtliche Regelung der Wirklichkeit)이라고 하면서, 로렌츠 폰 슈타인을 그와 같이 평가한다. Brüning/Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit, 2015, S.III, 12 참조.

<sup>654)</sup> Joachim Krause, a.a.O., S.242 참조.

<sup>655)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.216 참조.

<sup>656)</sup> Ebenda, S.216.

## 2. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 영향

### (1) 독일에서의 영향

로렌츠 폰 슈타인의 ‘행정학’은 18세기와 19세기 초반까지의 관방학과 경찰학에 근원을 둔 것으로 오늘날의 관점에서는 국가학, 역사학, 행정학, 행정법, 경제학, 정치학, 정책학 등이 종합된 학문에 해당하고, 오늘날의 독일 ‘행정학’(Verwaltungslehre)과는 단지 이름만 같을 뿐 완전히 다른 학문이라는 평가를 받고 있다.<sup>657)</sup> 로렌츠 폰 슈타인은 독일 내에서 자신을 따르는 학파를 형성하지 않았고 독일 내에 그의 학맥을 계승할 수 있는 제자도 없었으며, 당시 독일의 상황과 그의 연구의 결과가 부합하지 않았기 때문에 그의 연구는 결국 더 이상의 영향을 남기지 못하고 사라지게 되었다.<sup>658)</sup>

로렌츠 폰 슈타인으로 대표되는 국가학적 방법과 행정학의 쇠퇴 원인은 여러 가지로 설명되고 있다. 그의 연구는 당시의 자유주의적 법치국가라는 국가 이념과 시대적 요구에 맞지 않았고, 법치국가의 요청에 따라 행정에 대한 법학적 연구에 대한 당시의 적극적인 시대적 요구가 있었다는 점, 그리고 독일제국 성립 이후의 시대적 상황이 제국헌법의 제정과 수많은 행정 법률의 공포로 인하여 실정 법률에 대한 해석적 학문의 필요성이 높았으며, 당시 자연과학과 기술의 발전으로 인한 학문의 전문화 촉진 경향으로 인해 종합적·통합적 학문은 과학이 아닌 것으로 인식되는 학문적 경향이 주류적이었던 점 등에 원인이 있는 것으로 분석되고 있다.<sup>659)</sup>

<sup>657)</sup> Günter Püttner, Verwaltungslehre, 4. Aufl., 2007, S.8-9 참조. Günter Püttner는 로렌츠 폰 슈타인의 행정학을 ‘구(舊) 행정학’(ältere Verwaltungslehre)이라 칭하면서, 오늘날의 행정학과와의 사이에는 명백한 단절이 존재한다고 평가한다. 다만, ‘구 행정학’이 아무런 가치가 없는 것은 아니고, 오늘날의 행정학 연구의 기초가 되는 경우도 있음을 인정한다. Ebenda, S.10 참조.

<sup>658)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2139.

<sup>659)</sup> 김운태, 『행정학원론』, 1985, 박영사, 25면 이하; 유훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사, 55면 이하 등 참조.

국가학적 방법이 독일의 행정법학에서 사라지게 된 것은 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 영향도 있을 수 있지만, 오토 바호프는 국가학적 방법이 끝나고 로렌츠 폰 슈타인의 행정학이 사라지게 된 것은 ‘법학적 방법’의 책임은 아니라고 설명한다.<sup>660)</sup> 오토 바호프는 오토 마이어를 비롯한 ‘법학적 방법’의 지지자들이 ‘법학적 방법’을 통하여 국가학적 방법과 행정학을 축출하려고 의도하였던 것도 아니고, 국가학과 행정학이 완전히 소멸된 것이 ‘법학적 방법’ 때문도 아니라고 하면서, 당시 독일의 법실증주의적 기본자세에서 그 원인을 찾는다.<sup>661)</sup>

로렌츠 폰 슈타인의 활동 시기는 독일에서 법실증주의가 전성기를 맞이하던 시기였다는 점에서, 로렌츠 폰 슈타인의 방법론의 쇠퇴는 법실증주의에 가장 큰 원인이 있는 것으로 보인다.<sup>662)</sup> 그럼에도 한편으로 로렌츠 폰 슈타인의 행정법학은 오토 마이어가 인정한 것과 같이, “독일 행정법학의 기초와 주춧돌이 되었다.”<sup>663)</sup>는 긍정적 평가도 받고 있다. 그의 연구는 행정법학의 소재를 풍부하게 하였으며, 특히 ‘행정법학의 독립’에 기여한 것으로 평가받고 있다.<sup>664)</sup>

당시 독일에서는 법치국가의 건설이 책임 있는 정부를 만드는 핵심적인 열쇠라고 생각하였고, 법치국가의 건설을 위해서 행정가에 대한 교육과정에서는 다른 사회과학보다 행정법을 가르치는 것이 중요하게 인식되었다. 그 결과로 행정에 대한 학문에 있어서는 ‘법학의 독점’ 경향이 지속되었다.<sup>665)</sup>

<sup>660)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.215-216 참조.

<sup>661)</sup> Ebenda, S.216 참조.

<sup>662)</sup> 독일에서 19세기는 ‘법학적 법실증주의’(Rechtswissenschaftlicher Positivismus) 시대로, 학문적 관심사는 법치국가에 대한 근거를 제시하는 것에 있었다는 설명으로, 아르투어 카우프만(김영환 역), 『법철학』, 2013, 나남, 89-90면 참조.

<sup>663)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.19(Fn.10).

<sup>664)</sup> Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1883, Vorwort. 김운태, 『행정학원론』, 1985, 박영사, 23면에서 재인용.

<sup>665)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration,

오토 바호프는 로렌츠 폰 슈타인의 행정법학 방법론과의 단절로 인하여, 중요한 지식의 원천들을 잘라내게 되어, 결국 행정과학과 행정법학이 빈곤해졌다고 평가한다.<sup>666)</sup>

## (2) 일본과 미국에의 영향

로렌츠 폰 슈타인의 행정법학은 독일에서는 별 다른 영향을 미치지 못하고 있지만, 일본과 미국에 상당한 영향을 미친 것으로 평가된다. 그러한 면에서 역사적으로 일본과 미국의 영향을 받을 수밖에 없었던 우리나라에도 로렌츠 폰 슈타인의 영향은 비록 간접적일지라도 적지 않았을 것으로 예상할 수 있다.

### 1) 일본에의 영향

로렌츠 폰 슈타인의 영향을 가장 많이 받은 나라는 메이지 시대의 일본이다.<sup>667)</sup> 메이지 유신 시대의 일본에 가장 많은 영향을 미친 나라는 독일 특히 프로이센이고, 독일의 정치학자와 법학자 중에서 특히 칼 프리드리히 헤르만 로슬러<sup>668)</sup>(Carl Friedrich Hermann Roesler), 루돌프 폰 그나이스트, 로렌츠 폰 슈타인이 가장 큰 영향을 미친 학자로 꼽힌다.<sup>669)</sup> 그런데 로슬러와 그나이스트는 로렌츠 폰 슈타인의 영향을 받았기 때문에, 결국 로렌츠 폰 슈타인

---

1998, p.2139. 독일에서는 행정학을 전공하는 대학생들이 1950년대에 행정에 대한 학문의 법학 독점현상을 비판하며 로렌츠 폰 슈타인의 방법론으로의 회귀를 주장하는 운동을 하였다고 한다.

<sup>666)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.216 참조.

<sup>667)</sup> Joseph Pittau, Political Thought in Early Meiji Japan 1868-1889, Harvard University Press, 1967, pp.131-136.

<sup>668)</sup> 독일의 법학자이자 경제학자로, 메이지 유신 시대에 일본의 외국인 자문관을 지낸 것으로 알려지고 있다.

<sup>669)</sup> Ibid., p.131.

이 일본에 가장 큰 영향을 주었다고 할 수 있을 것이다.<sup>670)</sup>

당시 일본은 ‘이와쿠라 사절단’<sup>671)</sup>을 통하여 로렌츠 폰 슈타인과 연결되었다. 1873년 오스트리아 빈에서 ‘국제 박람회’(International Exhibition)가 개최되었는데, 이토오 히로부미(伊藤博文)와 이와쿠라 도모미(岩倉具視)가 빈을 방문하게 되었고 당시 로렌츠 폰 슈타인이 일본 사절단과의 만찬에 참석한 것을 계기로 하여 로렌츠 폰 슈타인과 일본 메이지 시대의 주요 인물들과의 연결이 시작되었다.<sup>672)</sup> 그리고 이토오 히로부미가 1882년 빈 대학에서 로렌츠 폰 슈타인의 강의를 수강함으로써 로렌츠 폰 슈타인의 학문은 일본에 큰 영향을 미치게 되었다.<sup>673)</sup>

## 2) 미국에의 영향

미국에 있어서는 오히려 로렌츠 폰 슈타인은 잘 알려지지 않았으나<sup>674)</sup>, 미국 행정학의 창시자들의 연구에 로렌츠 폰 슈타인의 영향이 남아 있는 것으로 평가되고 있다.<sup>675)</sup> 예를 들어, 미국 행정학의 창시자이자 훗날 미국 연방 대통령을 지낸 우드로 윌슨(Woodrow Wilson)은 ‘행정’ 개념의 형성과 그의 핵심개념인 ‘정치·행정 이원론’의 형성에 로렌츠 폰 슈타인의 영향을 받은 것으로 평가되고 있다.<sup>676)</sup> 우드로 윌슨은 로렌츠 폰 슈타인의 ‘헌정’과 ‘행

---

670) Joseph Pittau, *Political Thought in Early Meiji Japan 1868-1889*, Harvard University Press, 1967, p.133 참조.

671) 1871년부터 1873년까지 일본이 근대화 촉진을 위해 유럽과 미국에 파견한 사절단을 말한다.

672) Ibid., pp.132-133.

673) Ibid., p.133.

674) Ibid., p.133. 조세프 피타우는 로렌츠 폰 슈타인을 “19세기 독일의 가장 위대한 사회과학자 중의 한 사람”으로 소개하면서, “상대적으로 영어권 국가들에는 알려지지 않은 인물”이라고 평가한다.

675) Jay M. Shafritz, *International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, 1998, p.2139 참조.

676) Christian Rosser, *Woodrow Wilson's Administrative Thought and German Political Theory*, *Public Administration Review*, Vol.70, No.4. p.547 참조.

정'의 개념적 구분에 영향을 받아, 자신의 저서인 『행정의 연구』(The Study of Administration, 1887)에서 헌법의 시대가 가고 행정의 시대가 왔다고 선언하면서, 헌법의 영역과 행정 기능의 영역은 명백하게 구별되어야 한다고 주장했다.<sup>677)</sup> 이것은 우드로 윌슨이 로렌츠 폰 슈타인의 저서 『행정학』에서 “전체로서의 국가의 생활과 그 조직적 요소를 완전히 이해하기 위해서는 더 이상 헌법 제정절차에 집중하여서는 안 되고 오히려 행정에 대한 연구에 집중하여야 한다.”<sup>678)</sup>는 표현으로부터 영향을 받은 것으로 평가되고 있다.<sup>679)</sup> 우드로 윌슨은 행정은 공법을 상세하고 체계적으로 집행하는 작용이라고 하면서, 행정의 예로 세금의 계산, 범죄자 처벌, 교통, 우편, 군대 등의 국가의 일반적인 법 집행 작용을 열거하고, 헌법은 이러한 공법을 집행하는 정부의 기관에 대하여만 규율하는 것이라고 하여 두 개념을 구분한다.<sup>680)</sup>

우드로 윌슨에 이어 미국 행정학의 초기 주요학자 중 한 명인 프랭크 굿노우(Frank J. Goodnow) 역시 로렌츠 폰 슈타인의 영향을 받은 것으로 평가된다.<sup>681)</sup> 그는 자신의 저서인 『정치와 행정』(Politics and Administration, 1900)에서 로렌츠 폰 슈타인의 영향으로 ‘국가의 의사’(the will of the state)라는 개념을 사용하면서, 행정을 ‘국가 의사의 실행’(execution of the will of the state)으로 설명한다.<sup>682)</sup> 이와 같이 로렌츠 폰 슈타인은 미국의 초기 행정학자들에게 상당한 학문적 영향을 끼쳤음을 알 수 있다.

---

<sup>677)</sup> Christian Rosser, Woodrow Wilson's Administrative Thought and German Political Theory, Public Administration Review, Vol.70, No.4. p.550 참조.

<sup>678)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 1870, S.3; zitiert nach Christian Rosser, Woodrow Wilson's Administrative Thought and German Political Theory, Public Administration Review, Vol.70, No.4. p.550.

<sup>679)</sup> Christian Rosser, Woodrow Wilson's Administrative Thought and German Political Theory, Public Administration Review, Vol.70, No.4. p.550 참조.

<sup>680)</sup> Shafritz/Hyde, Classics of Public Administration, 2007, p.23 참조.

<sup>681)</sup> Jay M. Shafritz, International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998, p.2139.

<sup>682)</sup> Shafritz/Hyde, Classics of Public Administration, 2007, p.28-29 참조.

## II. 오토 마이어 행정법학의 방법론적 의의

### 1. 행정에 대한 ‘법학’으로서의 정체성과 독창성

오토 마이어는 독자적 학문으로서 독일 행정법학을 정립하는 것에 학문의 목적을 두고 있었다. 오토 마이어 스스로의 평가와 같이 “독일 행정법은 사람들이 기뻐할만한 하나의 학문(Wissenschaft)이 되었다.”<sup>683)</sup> 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 다음의 두 가지 측면에서 행정법학으로서의 정체성 확립에 기여하였다고 평가할 수 있을 것이다.

#### (1) ‘법학적 방법’을 통한 ‘위대한 단순화’

오토 마이어는 ‘법학적 방법’을 통하여 행정법을 하나의 체계를 가진 학문으로 구성하였으며, 특히 행정법 총론을 완성함으로써 행정법학도 당시의 판덤펜 법학의 전통<sup>684)</sup>을 따르는 ‘법학’의 하나의 지위를 인정받을 수 있도록 하였다. 오토 마이어를 통하여 행정법 총론이 완성됨으로써, 행정법학은 잡다한 법률들의 나열에 불과한 것, 즉 법규의 ‘혼합체’(Konglomerat)에 대한 설명으로부터 벗어나, 법적 형태를 가진 하나의 학문으로 인정받을 수 있게 되었다.

플리츠 플라이너의 평가에 따르면, 오토 마이어의 ‘법학적 방법’을 통하여 일반 행정법의 개념들을 확정적인 법률규정으로 통합할 수 있게 되었고, 행정을 하는 국가와 국민 사이의 복잡한 관계의 복잡성을 줄여서 이를 단순하고 기본적인 법적 형태로 만드는 법적 사고의 발견을 통하여 모든 ‘위대한 단순화’(große Vereinfachung)가 달성되었다고 한다. 그리고 법을 적용하여야 하는 위치에 있는 법관이나 공무원들은 ‘위대한 단순화’를 통하여 실정 법률

<sup>683)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, Vorwort.

<sup>684)</sup> ‘판덤펜(Pandekten) 법학’은 ‘체계적 이론을 통한 추상적 일반화’를 그 방법론으로 한다. 현승중/조규창, 『로마법』, 1996, 법문사, 433면 참조.



이 없는 사안에 대하여도 새로운 법률관계나 법률적 상황에 대응할 수 있게 되었다고 평가한다.<sup>685)</sup>

## (2) ‘법이념’에 의한 지도를 받는 ‘개념 - 제도 - 체계’의 ‘법학적 방법’

### 1) ‘법학적 방법’으로서의 ‘정체성’

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 다양한 행정 영역에서 일반적인 ‘개념’과 ‘제도’를 만들어내는 것이고, 그렇게 만들어진 개개의 법제도들을 체계화하는 것을 목적으로 하는 것으로, “법 소재들을 고도의 추상화와 구조화(구성)에 따라 법질서로 정리”<sup>686)</sup>하는 것을 방법론적 특징으로 한다. 이러한 방법론을 통하여 다양한 소재들을 ‘뚫고 들어가서’, 그 소재들을 내용적으로 정리하는 것이다.

이러한 방법론적 특징을 발터 엘리네크는, 행정법의 ‘법적 관통’(juristische Durchdringung)이라고 한다.<sup>687)</sup> 그는 오토 마이어의 행정법학 방법론에 대하여, “대상(Gegenstand)으로 인하여 위축되지 않고, 오히려 다루기 어려운 소재들을 능수능란하게 다루었다”<sup>688)</sup>고 평가하면서, 오토 마이어가 이러한 소재들을 ‘탁월한 기술’(unvergleichliche Kunst)로 다루었다고 한다.<sup>689)</sup>

### 2) 법이념을 통한 ‘독창성’

위와 같은 오토 마이어의 방법론은 종래의 ‘법학적 방법’을 승계한 것이라

---

<sup>685)</sup> Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.44-45 참조.

<sup>686)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.215, 218 참조.

<sup>687)</sup> Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S.104 참조.

<sup>688)</sup> Ebenda, S.105.

<sup>689)</sup> Ebenda, S.105.

고 할 수 있을 것인데, 그러나 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 여기에 그치지 아니하고, 일반적인 법적 지도원리라는 카테고리를 발전시켰는데, 그것은 바로 법치국가의 ‘법이념’을 의미한다.<sup>690)</sup> 오토 마이어의 법치국가의 법이념은 역사적으로 경찰국가를 지나 법치국가에서 실현된 것이다. 오토 마이어는 스스로 자신의 행정법학 방법론의 독창성을 여기에서 찾았다. 그는 『독일행정법』 제2판 서문에서 다음과 같이 자신의 방법론을 자평한다.

“사람들이 나를 ‘법학적 방법’의 대표자라고 부르는 것이, 그것 외에 다른 것은 없다는 것을 의미하는 것은 아니다. 나의 방법론에는 독창적인 것이 있음을 부인할 수 없다. 그것은 일반적인 법이념의 힘을 신뢰하는 것에 있는데, 그 법이념은 실정 법률의 잡다함 속에서 나타나고 전개되는 것이고, 동시에 역사 속에서 변화하고 발전하는 것이다.”<sup>691)</sup>

발터 엘리네크 역시, 위의 오토 마이어의 『독일행정법』 제2판 서문을 인용하면서, 오토 마이어 행정법학의 독창성은 “일반적인 법이념의 힘을 신뢰하는 것”<sup>692)</sup>에 있다고 평가한다. 이러한 ‘법이념’은 ‘법학적 방법’에 의하여 ‘법소재’들을 뚫고 들어가서, 내용적으로 정리하는 것에 기여하는 역할을 하는 것이다.<sup>693)</sup>

## 2. 행정에 대한 학문으로서의 방법론의 개방성

<sup>690)</sup> Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.86.

<sup>691)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1914, Vorwort.; zitiert nach Ralf Dewitz, Der Vertrag in Der Lehre Otto Mayers, 2004, S.65; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S.105.

<sup>692)</sup> Walter Jellinek, a.a.O., S.105.

<sup>693)</sup> Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.86.

## (1) 방법론의 개방성에 대한 평가

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법을 완전히 배척하는 것이 아니었다. 행정법학의 초기 단계에는 독립된 학문분과로서의 행정법학<sup>694)</sup>의 정체성을 명백하게 나타내고 다른 학문분과와의 방법론적 차이점을 부각시켜야 하는 필요가 컸기 때문에, 로렌츠 폰 슈타인으로 대표되는 국가학적 방법과의 차별성을 부각하는 것은 불가피한 것이었다고 할 수 있다.<sup>695)</sup>

한편으로 오토 마이어는 “행정에 대한 국가학적 고찰은 그 고유한 가치를 가지고 있음”<sup>696)</sup>을 인정하면서, 로렌츠 폰 슈타인의 연구는 “행정법학의 기초와 주춧돌”<sup>697)</sup>이 되었다고 평가하였다. 그러한 면에서 그의 방법론은 비법학적인 것을 모두 배제하려는 것은 아니었다고 할 수 있다.<sup>698)</sup> 오토 마이어는 국가학적 방법을 학문의 영역에서 축출하려고 하지도 않았으며, 자신의 방법론만이 옳다는 ‘방법론적 독재’를 추구하지도 않았다는 평가를 동시에 받고 있다.<sup>699)</sup> 이러한 면에서, 오토 마이어의 방법론은 다른 학문에 대하여 개방적인 특성을 갖는 것으로 볼 수 있을 것이다.

---

<sup>694)</sup> 19세기 당시 독일에서는 특정한 지적 연구자 집단이 자신들만의 독특한 지도사상과 이상을 가지고 있었는데, 이러한 지도사상과 이상을 발전시키고 그것을 ‘학’(Wissenschaft)이라는 단어로 표현했다고 한다. ‘학’에 대한 독일의 전통에 관한 설명으로는 존 시어도어 머츠(이은경 역), 『19세기 유럽 사상사 — 과학적 사고』, 2012, 한길사, 186면 참조.

<sup>695)</sup> Christoph Möllers, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, 2. Aufl., 2012, S.163.

<sup>696)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895, S.19.

<sup>697)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.19.

<sup>698)</sup> Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S.12. 여기에서는 오토 마이어의 이론은 당시의 사회적 모델 즉 자유주의적 법치국가모델과 조화를 이루었다는 것에 큰 성공의 원인이 있다고 평가한다.

<sup>699)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.215-216 참조.

## (2) 구체적 검토

오토 마이어가 『독일행정법』에서 독립적인 ‘학문’(Wissenschaft)으로 언급한 것은 ‘법학’(Rechtswissenschaft), ‘민사법학’(Zivilrechtswissenschaft), ‘국법학’(Staatsrechtswissenschaft), ‘국가학’(Staatswissenschaft), ‘경찰학’(Polizeiwissenschaft), ‘재정학’(Finanzwissenschaft), ‘관방학’(Kameralwissenschaft), ‘경제학’(wirtschaftswissenschaft) 등이 있다. 오토 마이어는 경찰법과 재정법에 대한 설명에서, 특히 국가학, 경제학, 재정학 등 다른 학문의 개념을 차용하면서 그 유용성을 인정한다.

### 1) 경찰법

오토 마이어는 경찰권의 한계를 설명함에 있어, 헤겔의 ‘사회’(Gesellschaft) 개념을 사용한다. 오토 마이어는 ‘사회’ 개념은 거대한 생활공동체를 의미하는 국가학적인 개념이라고 소개하면서, 이러한 사회 개념을 통하여 비법학적인 것을 이해할 수 있다고 한다.<sup>700)</sup>

### 2) 재정법

오토 마이어는 조세의 종류를 설명하면서 ‘직접세’(direkte Steuer)와 ‘간접세’(indirekte Steuer)의 개념을 소개하는데, 이러한 개념은 원래부터 ‘재정학적’ 개념이라고 설명한다.<sup>701)</sup> 특히, “재정학적으로 직접세로 불리는 것이 법적으로 항상 직접세로 설계되는 것은 아니라”<sup>702)</sup>고 하면서, 그로 인하여 “아무런 의미 없는 혼란이 발생”<sup>703)</sup>하게 된다고 한다. 만약 법률이 재정학적 개

---

<sup>700)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.213 참조.

<sup>701)</sup> Ebenda, S.319 참조.

<sup>702)</sup> Ebenda, S.320.

<sup>703)</sup> Ebenda, S.320.

념과 다른 개념으로 용어를 사용한다면, 언제나 해석의 문제가 있게 되는데, 조세의 영역에서는 대부분의 경우에 경제학적 또는 재정학적 개념이 우세하게 될 것이라고 한다.<sup>704)</sup>

### (3) 소결

위와 같이 오토 마이어 스스로 엄격한 일방성으로 인해 공법의 특유성을 결정적으로 보여주는 행정법제도로 소개하고 있는 경찰법제도와 재정법제도의 주요한 개념을 설명함에 있어서도 ‘국가학적’ 개념과 ‘재정학적’ 개념을 사용하는 구체적인 예를 통하여, 오토 마이어의 행정법학 방법론의 개방성을 보다 명확하게 확인할 수 있다고 할 것이다. 오토 마이어는 ‘법학’으로서의 행정법학에 있어서 ‘법학적 방법’에 따라야 함을 강조한 것이지, ‘행정’에 대한 모든 학문이 ‘법학적 방법’만을 따라야 한다는 입장은 전혀 아니기 때문에, 오토 마이어가 다른 학문을 배제하거나 ‘법학적 방법’의 방법론적 독재를 추구한 것은 아니라는 오토 바호프의 평가는 타당하다고 할 것이다.

## Ⅲ. 구체적 비교 - 재정법학을 중심으로

### 1. 로렌츠 폰 슈타인의 재정법학

#### (1) 재정법의 체계적 지위

로렌츠 폰 슈타인의 행정법학 체계에서, 재정법학 영역은 별도로 존재하지 않는다. 전술한 바와 같이, 로렌츠 폰 슈타인은 행정을 외교관계, 군대제도, 재무행정, 사법행정, 내무행정의 5대 영역으로 분류하는 체계를 따르고 있고, 행정법은 주로 내무행정 영역에 대한 법이기 때문에 재정법학을 별도로 행

---

<sup>704)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.320(Fn.7) 참조.

정법의 내용으로 다루고 있지는 않고, 각 내무행정 영역에서 관련되는 조세에 대하여 설명하고 있다.

즉, ‘경찰’에 대하여는 내무행정의 영역 중에서 ‘내무행정과 개인의 생활’의 체계 내에서 ‘경찰제도’(Polizeiwesen)라는 별도의 제도로 설명<sup>705)</sup>하고 있으나, 조세에 대하여는 별도의 ‘제도’(Wesen)로 서술하지 않고 개별 행정 영역 내에서 그에 해당하는 조세의 종류를 설명한다. 오히려 로렌츠 폰 슈타인은 재정학자로서, 『재정학』(Lehrbuch der Finanzwissenschaft)<sup>706)</sup>을 통하여 재무행정에 대하여 다루고 있다.

## (2) 조세에 대한 이론

로렌츠 폰 슈타인은 알베르트 샤프레(Albert Schäffle), 아돌프 바그너(Adolph Wagner)와 함께 독일 재정학의 ‘3성’(三星)으로 평가되는데<sup>707)</sup>, 특히 로렌츠 폰 슈타인의 조세이론은 ‘보석’과 같은 걸작으로 극찬을 받고 있다.<sup>708)</sup> 그의 조세이론은 국가이론에서부터 출발하여, 국가와 개인의 필요가 국가 예산의 양쪽 측면, 즉 수입과 지출을 구성하는 것이라고 설명한다.<sup>709)</sup>

### 1) 조세에 대한 국가이론적 설명

---

<sup>705)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.84-93 참조.

<sup>706)</sup> 독일에서 공공재정을 다룬 책 중에 가장 깊이 있는 것으로 평가받고 있는 로렌츠 폰 슈타인의 ‘재정학’은 총 4권으로, 1885년에 출간되었다. Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.153 참조. 본 연구에서는 주로 Richard A. Musgrave의 위 논문을 통하여 로렌츠 폰 슈타인의 조세체계를 설명한다.

<sup>707)</sup> Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.152 참조.

<sup>708)</sup> Ibid., p.173 참조.

<sup>709)</sup> Ibid., p.173 참조.

#### (가) 조세의 체계적 지위

로렌츠 폰 슈타인은 국가와 사회, 개인의 관계에 대한 역사적, 철학적, 정치적 설명에서 조세이론에 대한 설명을 시작한다. 전술한 바와 같이, 로렌츠 폰 슈타인은 국가를 ‘모든 개인의 인격들의 인격적 통일체’(persönliche Einheit aller einzelnen Persönlichkeiten)로 보면서, 국가를 통하여 개인과 사회의 갈등이 조화를 이루게 된다고 한다.<sup>710)</sup> 그는 국가의 생활을 개인생활(persönliches Leben), 경제생활(wirtschaftliches Leben), 그리고 사회생활(gesellschaftliches Leben)의 세 영역으로 나누었는데, 조세에 대하여는 경제생활의 ‘개념과 제도’(Begriff und Wesen) 부분에서 설명한다.<sup>711)</sup> 로렌츠 폰 슈타인에 있어 경제생활은 “인격의 작용과 목적으로 자연적 실체가 성취되는 세계”<sup>712)</sup>이고, “인류의 자연에 대한 조직적인 지배의 세계”<sup>713)</sup>이다.

#### (나) 조세의 발생

로렌츠 폰 슈타인에 따르면, 경제생활 영역의 기본개념과 법률은 ‘경제학’을 형성하는데, 경제학 이론에 따르면 개인은 경제생활의 영역에서 자신의 힘으로는 목적을 성취할 수 없다는 결론에 이르게 되고, 모든 면에서 개인은 자신의 경제적 발전을 위해 필요한 전제조건의 생산을 필요로 하게 된다.<sup>714)</sup>

그리고 이러한 목적을 달성하기 위하여, 개인은 먼저 국가에 대하여 ‘조세’(Steuer)라는 형태로 경제적 수단을 국가에 제공하여야 한다.<sup>715)</sup> 조세를 통하여 국가는 경제적 주체가 되고 국가경제라는 개념과 내용이 생성되는데,

<sup>710)</sup> Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.153 참조.

<sup>711)</sup> Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.123 참조.

<sup>712)</sup> Ebenda, S.123.

<sup>713)</sup> Ebenda, S.123.

<sup>714)</sup> Ebenda, S.123 참조.

<sup>715)</sup> Ebenda, S.123 참조.

국가는 개인과 마찬가지로 국가의 수입, 국가의 지출, 그리고 ‘재생산’<sup>716)</sup> (Reproduktion)을 할 수 있는 경제적 인격체로 나타나게 된다.<sup>717)</sup> 국가는 개인의 경제적 발전의 전제조건을 만들어 주기 위해서 주로 조세를 통하여 얻은 경제적 수단들을 활용한다.

국가의 경제적 작용은 내무 행정의 주요한 영역을 차지하게 되는데, 국가의 경제적 작용의 목적은 개인이 자신의 경제적 목적을 성취할 수 있도록 그 조건을 마련해 주기 위한 것에 있다.<sup>718)</sup> 로렌츠 폰 슈타인은 이러한 작용을 ‘경제행정’(wirtschaftliche Verwaltung)이라고 부른다.

#### (다) 조세의 역할

로렌츠 폰 슈타인의 이론에 따르면, 국가경제와 민간경제는 양쪽을 모두 유지할 수 있도록 순환이 필요하고, 개인이 경제생활을 통하여 ‘자본의 형성’<sup>719)</sup>(Kapitalbildung)이라는 목적을 실현하기 위해서는 국가의 작용이 필수적이라고 한다.<sup>720)</sup> 그리고 국가는 스스로를 유지하기 위해서 과세의 기반을 재생산할 수 있어야 하고, 민간 경제가 의지할 수 있는 자본을 공급할 수 있어야 하며, 민간 기업은 공공 서비스를 유지하기 위해서 생산비용으로 세금을 납부하는 관계에 있는 것으로 설명한다.<sup>721)</sup>

국가의 공공 서비스는 개인이 사회에서 활동할 수 있는 환경을 만드는 데 사용되고, 개인이 부담하는 세금은 이러한 서비스를 위한 지출이 된다. 세금

---

716) ‘재화의 생산과 소비를 계속적으로 반복하면서 사회 전체가 존속해 가는 것’을 의미하는 경제학 용어이다.

717) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Utz Schliesky, 2010), S.123 참조.

718) Ebenda, S.123 참조.

719) ‘자본의 창출과 확장’을 의미하는 경제학 용어이다.

720) Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.153 참조.

721) Ibid., p.153 참조. 국가와 민간 영역 사이의 경제순환에 대한 로렌츠 폰 슈타인의 이론을 머스그레이브가 설명하는 내용이다.



은 보상이나 대가와는 무관한 것으로, 시장과도 관계가 없으며, 개인은 국가의 공공 서비스로부터 발생하는 편익을 사회 안에서 누리기 때문에 그 능력 범위 안에서 기여를 해야 하는 의무를 갖게 된다는 것이다.<sup>722)</sup>

## 2) 조세의 3원칙

로렌츠 폰 슈타인은 조세의 3원칙으로 경제성 원칙, 재정 원칙, 국가경제 원칙을 제시한다.<sup>723)</sup> 첫째는 ‘경제성 원칙’(volkswirtschaftliches Princip)으로, 조세 부과로 자본에 대한 침해가 발생하지 않아야 한다는 것이다. 모든 조세는 가급적 순소득에 대하여만 부과하여야 한다는 결론에 이른다. 둘째는 조세 수입은 ‘재정 원칙’(finanzielles Princip)에 따라, 국가가 필요로 하는 수입을 충족할 수 있는 적절한 수준이 되어야 하고 이를 초과하여서는 안 된다는 것이다. 셋째는 ‘국가경제 원칙’(staatswirtschaftliches Princip)으로, 세금을 사용함으로써 조세 기반을 재생산할 수 있어야 한다는 원칙이다. 로렌츠 폰 슈타인은 세금의 가치는 그 수입에 의하여 측정되는 것이 아니라 그 세금을 사용하여 형성한 자본으로 측정된다고 하고, 모든 조세의 목적은 과세 대상의 재생산에 있다고 설명한다.<sup>724)</sup>

## 2. 오토 마이어의 재정법학

### (1) 재정학과 재정법에 대한 오토 마이어의 인식

오토 마이어는 당시의 유명한 재정학자인 바그너를 인용하면서, 재정학을 “국가가 그 임무의 달성을 위하여 필요한 자금을 조달하고 사용하는 방법을

---

<sup>722)</sup> Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.173 참조.

<sup>723)</sup> Ibid., p.173 참조.

<sup>724)</sup> Ibid., p.173 참조.

보여주고 자금의 조달과 사용을 위한 방책을 확립하려고 하는 학문”<sup>725)</sup>으로 정의한다. 재정을 다루는 학문이라는 점에서 재정학과 재정법은 공통되므로, 오토 마이어는 재정학은 다양한 방법으로 재정법과 마주치게 된다고 한다. 오토 마이어는 재정학의 입장에서는 재정법이 법률, 명령, 지시 등을 통하여 재정학에 소재를 제공하는 역할을 한다고 인식하고 있다고 설명하면서 그 대표적인 학자로 로렌츠 폰 슈타인을 소개한다.<sup>726)</sup> 반면에, 재정법학의 입장에서는 재정법학이 재정학에 단순히 소재를 제공하는 역할을 하는 것에 그치는 것이 아니라 독자적인 중요성을 갖는 것으로 인식하고 있다고 한다.<sup>727)</sup>

오토 마이어는 재정이라는 대상도 다른 인간사회와 마찬가지로 법과 법질서가 없이는 무의미하게 된다는 점을 강조하면서 재정법과 재정법학의 중요성을 설명한다.<sup>728)</sup> 그에 따르면, 법은 개인의 자유와 소유권의 보호를 위한 전제조건을 수립하고 유지하는 기능을 담당하는 것인데, 재정의 영역에서는 그 상대방이 국가 자신이라는 점에서 법이 그 임무를 수행하기가 특별히 어렵다고 한다.<sup>729)</sup>

오토 마이어는 국가가 시민들의 가장 나쁜 적이 될 수도 있다는 점을 강조하면서, 법질서는 국가의 공권력을 저지하고 심사하는 각종의 법에 개입하게 된다고 설명한다.<sup>730)</sup> 공권력을 수단으로 하는 국가의 재정작용에 대한 재정법은 그래서 행정법의 일부분으로 정의된다고 하면서, 재정법의 법질서에 대한 지도적 사상은 바로 헌법국가와 법치국가라고 한다.<sup>731)</sup>

<sup>725)</sup> Otto Mayer, Finanzwirtschaft und Finanzrecht, in Erk Volkmar Heyen(Hg.), Kleine Schriften zum öffentlichen Recht. 1 Bd., 1981, S.368.

<sup>726)</sup> Otto Mayer, Finanzwirtschaft und Finanzrecht, in Erk Volkmar Heyen(Hg.), Kleine Schriften zum öffentlichen Recht. 1 Bd., 1981, S.368. 오토 마이어는 여기에서 로렌츠 폰 슈타인을 “재정법이 국가학적 사상으로부터 생겨나도록 한 사람”이라고 평가한다.

<sup>727)</sup> Ebenda, S.368 참조.

<sup>728)</sup> Ebenda, S.368 참조.

<sup>729)</sup> Ebenda, S.368-369 참조.

<sup>730)</sup> Ebenda, S.369 참조.

<sup>731)</sup> Ebenda, S.369 참조.

## (2) 법치국가적 요청의 발현

오토 마이어에 따르면, 법치국가적 요청은 재정법 영역의 법제도 형성에서도 발현되고 있다. ‘재정’(Finanz)이란 국가의 수입이고, 재정행정은 국가의 수입을 위한 국가의 작용이며, 재정권은 국가의 수입을 증진시키기 위해 사용되는 독점적인 공권력이다.<sup>732)</sup> 오토 마이어에 따르면, 재정권은 법제도의 ‘폐쇄적인 단면성’을 특징으로 하고, 그래서 경찰권과 서로 짝을 이루는 공권력이다.<sup>733)</sup>

재정권은 경찰권과 마찬가지로 하명, 형벌, 강제와 형식으로 구성되는데,<sup>734)</sup> 그 중에서 가장 중요한 것은 조세부과(Steuer Auflage)이다. 조세는 국가소득을 증가시키기 위하여 일반적인 기준에 따라 신민에게 공권력을 통하여 부과된 금전납부(Geldzahlung)이다.<sup>735)</sup> 조세부과에 있어서 국가는 “국가로 하여금 부담능력에 따라 조세부담을 배분하도록 하고, 건전한 경제정책을 고려하여 최소한의 부담을 부과하여야 하고, 국민경제에의 방해가 최소한이어야 한다.”<sup>736)</sup>는 ‘정의의 원칙’(Grundsatz der Gerechtigkeit)의 적용을 받는다. 그러나 오토 마이어는 법학적 연구를 위해서는 여기에 그치지 아니하고, “헌법국가와 법치국가의 요청에 따라 형성된 이러한 국가적 절차가, 어떻게 그 특별한 법적 형식을 발전시켜나가는가”<sup>737)</sup>라는 질문에 답을 제시하여야 한다는 점을 지적한다.<sup>738)</sup>

조세부과에 있어 법치국가의 요청은 구체적으로 두 방향으로 나타나고 있다. 첫째는, 조세부과는 침익적 행위이므로, 반드시 법률적 근거가 필요하다는 것이다. 그리고 조세의 본질상, 일반적 기준을 요구하고, 어떠한 자유재량

---

<sup>732)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.315, 330 참조.

<sup>733)</sup> Ebenda, S.315 참조.

<sup>734)</sup> Ebenda, S.315 참조.

<sup>735)</sup> Ebenda, S.316 참조.

<sup>736)</sup> Ebenda, S.316.

<sup>737)</sup> Ebenda, S.316.

<sup>738)</sup> Ebenda, S.316 참조.

의 사용도 있어서는 안 되며, 법규에 적합하도록 규율되어야 한다는 요구가 있다고 한다.<sup>739)</sup> 다음으로, 법치국가의 요청은 조세부과와 관련한 법제도에 ‘(세액) 사정’(査定; Veranlagung)이라는 추가적인 제도를 형성한다.<sup>740)</sup> 개별 사안에서 어떠한 행위가 집행되기 전에, 행정행위를 통하여 설명되고 구속력이 발생하여야 한다는 법치국가의 추가적 요청이 있고, 조세부과에 있어서 그러한 행위를 (세액) 사정이라고 부른다고 설명하면서, 이러한 법치국가적 요청은 조건적인 것이 아니라, 가능한 한 언제나 하여야 하는 요청임을 강조한다.<sup>741)</sup>

### 3. 비교

오토 마이어는 재정법을 경찰법과 함께 공법의 전형을 나타내는 법제도로 보고, 하명, 형벌, 강제 등의 형식으로 재정법 제도를 구성하고 있으며, 법치국가적 요청에 의한 지도를 통하여 (세액)사정 등의 법제도를 추가하는 등, 재정법 제도를 법치국가의 틀 속으로 수용하려 하였다.

반면, 로렌츠 폰 슈타인은 자신의 국가와 사회 및 개인의 관계에 대한 정치철학적 설명에서부터 조세의 목적과 체계에 대한 설명을 도출한다. 국가의 발전은 각 개인의 발전으로 측정되는 것이고, 국가의 목적은 개인의 발전에 있으며, 조세의 목적은 자본의 형성을 통한 재생산에 있다고 한다. 또한 복잡한 조세 문제의 해결을 위한 행정에 있어서도, 조세단위(Steuereinheit), 세율(Steuerfuß), 조세총액(Steuerbetrag) 등의 개념에만 집중하였는데<sup>742)</sup>, 이는 그가 조세를 법의 문제가 아니라 단지 국가재정 확충의 수단으로 인식하였음을 보여주는 것이라고 할 수 있을 것이다.

<sup>739)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.316 참조.

<sup>740)</sup> Ebenda, S.318-319 참조. (세액)사정에 대하여는 임현, 『오토 마이어 행정법학의 현대적 해석』, 1998, 고려대학교 석사학위논문, 92-93면 참조.

<sup>741)</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924, S.318 참조.

<sup>742)</sup> Richard A. Musgrave, Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), p.174 참조.

조세와 재정에 대한 로렌츠 폰 슈타인의 설명은 역사와 정치, 철학적 요소를 통하여 법을 설명하는 국가학적 방법의 전형을 보여주는 것으로, 오토 마이어의 재정법에 대한 ‘법학적 방법’에 따른 설명과 극명한 대조를 이룬다.

#### IV. 결론

로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법과 같은 종합학문적 연구는 오늘날에도 독립적인 학문분과로 인정받기는 어려울 것이다.<sup>743)</sup> 다만, 정책결정과정에서 관련 이슈가 있는 경우에, 그에 따라 다양한 학문 분과들이 학제적인 공동협의의 통하여 문제를 해결하기 위한 정책협의(Politikberatung)의 방법론으로 제안되고 있는 ‘창조적 관리’<sup>744)</sup>(Kreatives Management) 모형과 같은 경우에, 로렌츠 폰 슈타인의 종합과학적인 방법론은 의미를 가질 수 있을 것이다.

오토 마이어의 방법론은 개념·제도·체계의 법적 구성을 중시하는 종래의 ‘법학적 방법’의 전통을 따르면서도, 법치국가의 법이념이 지도하는 ‘법학적 방법’이라는 독창성을 가지고 있고, 한편으로는 다른 학문을 인정하는 방법론적 ‘개방성’을 함께 가지고 있다고 할 수 있다. 오토 바호프는 행정은 매우 다양한 과학의 대상이고, 단면적인 법학적 연구방법은 이제는 과거의 것이라고 하면서, 다양한 사회과학적 지식을 행정법학 연구에 수용하여야 한다고 주장하였는데<sup>745)</sup>, 이러한 주장은 오토 마이어의 ‘법학적 방법’과도 모

<sup>743)</sup> Joachim Krause, Joachim Krause, Renaissance der Staats- und Verwaltungswissenschaften, oder kreatives Management von Interdisziplinarität?, in: Brüning/Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit, 2015, S.242 참조.

<sup>744)</sup> Ebenda, S.236-241 참조.

<sup>745)</sup> Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.216 참조. 한편, 오토 바호프는 위 논문을 통하여 이른바 ‘행정법관계’를 행정법학의 대안으로 제시하였는데, 이러한 행정법관계론 역시도 ‘법학적 방법’의 범주 내에 있는 것이므로, 방법론을 주된 연구대상으로 하는 본 연구에서는 이에 대하여는 별도로 논의하지 않기로 한다. 행정법관계론에 대한 설명은 김현준, 『행정법관계에서의

순되지 않고 병존할 수 있는 것이다. 이하에서는 행정법학의 정체성·독자성의 관점과 방법론적 개방성의 관점에서, 오토 마이어의 행정법학 방법론이 우리나라에 주는 시사점에 대하여 살펴본다.

---

사인의 권리와 의무』, 법문사, 2012, 5면; 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 273-274면 등 참조. 행정행위론과 행정법관계론의 비교에 대하여는 Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, S.14-15 참조.

## 제5장 우리나라에의 시사점

다른 학문분과에 대한 행정법학의 개방성과 독자성은 계속하여 순환하고 있다.<sup>746)</sup> 행정법학의 방법론적 개방성의 전제로, 먼저 행정법학의 독자성과 정체성의 확보가 필요하다. 행정법학이 독자적 학문으로서의 정체성을 확립하기 위해서는 우선적으로 규범학이라는 행정법학의 본질적이고 근원적인 기초를 공고하게 하는 것에서부터 출발하여야 한다. 행정법학의 독자성과 정체성의 확보는 방법론의 개방에 대한 선행조건이라고 할 수 있다.

한편, 행정법학의 방법론적 개방성을 논의하기 위해서는 먼저 행정법학과 공통의 연구대상을 가지고 있는 행정학과의 관계에서부터 시작하여야 한다. 행정법학과 행정학의 관계는 로렌츠 폰 슈타인과 오토 마이어의 주된 논의 대상이었고, 오늘날에도 여전히 중요한 논의의 과제이다.

### 제1절 행정법학과 인접 학문과의 관계

본 절에서는 행정법학의 개방성에 대한 논의를 위하여 먼저 국가와 행정을 대상으로 하는 인접 학문들과 행정법학의 관계에 대하여 미국, 독일, 우리나라에서의 논의를 살펴본다.<sup>747)</sup>

#### I. 행정법학과 행정학의 관계에 대한 논의

##### 1. 미국

---

<sup>746)</sup> Christoph Möllers, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, 2. Aufl., 2012, S.163 참조.

<sup>747)</sup> 사회과학에 속하는 학문이 해당하고, 주로 행정학이 문제된다. 이하에서는 행정법과 행정학의 관계를 중심으로 살펴본다.

## (1) 행정법학의 흐름

전통적인 견해에 따르면 미국에서 행정법은 ‘행정청의 권한과 절차에 관한 법’으로 정의된다.<sup>748)</sup> 미국의 행정학과 행정법의 관계에 대하여는 Bernard Schwartz의 다음의 설명이 행정법의 범위에 대한 미국의 전통적 견해의 입장에 따른 정확한 해답을 주고 있다.

“미국의 법률가에게 있어서, 행정의 문제는 있지만, 행정법의 문제는 없다; 행정의 문제는 주로 정치학자들의 관심사이다. 미국에서 행정법은 행정에 관련된 법률로 인식되지 않는다. 미국에서 행정법은 권한(power), 구제수단(remedy), 그리고 다음의 질문에 대한 것으로 한정되어 있는데, 즉 (1) 행정청(administrative agency)에 어떠한 권한이 주어졌는가? (2) 그러한 권한의 한계는 무엇인가? (3) 행정청들이 그러한 한계 내에 있도록 하는 방법은 무엇인가? 라는 것이다.”<sup>749)</sup>

그리고 위의 세 가지 질문에 답하기 위하여, 행정법은 행정청에 대한 권한의 위임(delegation), 행정권이 행사되는 방식, 그리고 행정청의 행위에 대한 사법심사의 문제를 다루게 된다.<sup>750)</sup> 미국 행정법에서는 위임입법, 행정절차, 정보공개, 행정조사, 행정행위에 대한 사법심사 등이 중요한 주제가 된다.<sup>751)</sup>

한편, 1970년대 이후 미국에서는 행정법에 있어 행정현상에 대한 실체적 접근이 필요하다는 인식이 확대되어 행정법학의 범위가 확대되고 있다.<sup>752)</sup> 행정법을 가장 광범위하게 정의한 경우에는 ‘정부에 대한 법적 통제’(legal control of government)로 정의하게 되고, 그 범위를 좁히면 행정청의 권한과 구조를 정의하고, 행정청이 따라야 하는 절차를 정하고, 행정결정의 효력을

<sup>748)</sup> 이상규, 『영미행정법』, 2001, 법문사, 43면 참조.

<sup>749)</sup> Bernard Schwartz, Administrative Law, 3rd. 1991, pp.2-3.

<sup>750)</sup> Ibid., p.3 참조.

<sup>751)</sup> 이상규, 전제서, 44면 참조.

<sup>752)</sup> 이에 대한 설명은 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2012, 법문사, 3면 참조.



결정하고, 사법심사기관의 역할을 정하는 것 등으로 정의할 수 있다고 한다.<sup>753)</sup><sup>754)</sup> 동 견해는 행정청이 규제하는 모든 분야에는 그에 상응하는 실제적인 법률과 절차적인 법률이 존재하는데, 모두 행정청과 관련되는 것이어서 그러한 법률들은 행정법으로 분류할 수 있다고 본다.<sup>755)</sup> 그리고 행정청은 ‘규제’(regulation)에 관여하고 있으므로, ‘규제’가 행정법의 중요한 내용이 된다고 한다.<sup>756)</sup>

다음으로, 미국 행정법학의 새로운 경향으로 ‘행정법의 정책지향’을 들 수 있다.<sup>757)</sup> 이러한 경향의 대표적인 연구로 C. S. Diver의 연구를 들 수 있는데, 그는 행정법은 본질적으로 공공정책이 어떻게 만들어져야 하는 것인가에 대한 이론적 탐구라고 보는 입장에 있다.<sup>758)</sup> 동 견해는 정책학에 있어서 정책결정의 방법론인 합리주의와 점증주의 모형을 행정법의 방법론으로 활용하였다는 점에 의미가 있다.<sup>759)</sup>

---

<sup>753)</sup> Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz, Administrative Law and Regulatory Policy, 7th, 2011, p.2 참조.

<sup>754)</sup> Richard J. Pierce, Jr.는 행정법을 정부의 시민에 대한 행위와 시민의 정부에 대한 행위를 모두 포함하는 것으로 이해하면서 특히 ‘정부에 의한 의사결정의 과정’을 중요한 대상으로 인식한다. Richard J. Pierce, Jr., Administrative Law Treatise, 5th, 2010, pp.1-3 참조.

<sup>755)</sup> Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz, Administrative Law and Regulatory Policy, 7th, 2011, p.3 참조.

<sup>756)</sup> Ibid., p.3 참조. Breyer 등의 견해에 따르면, 오늘날의 행정법학에서의 중요한 발전은 법학적인 것이 아니라 기술적인 것이고, 행정법은 인터넷과 그와 관련된 기술에 의존하고 또한 그것에 의하여 형성된다고 한다. 이에 대한 설명은 Ibid., p.29 참조.

<sup>757)</sup> 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 6면 참조.

<sup>758)</sup> C. S. Diver, Policymaking Paradigms in Administrative Law, Harvard Law Review, Vol. 95, No. 2(Dec., 1981), p.393; 김유환, 전거서, 6면 등 참조.

<sup>759)</sup> 다만 정책학은 정책결정의 ‘방법’과 ‘절차’에 대한 메타학문적 성격을 갖는 학문이고, 그 방법론 역시 정책결정의 방법에 대한 것이지 그 내용에 대한 것은 아니기 때문에, 행정법의 ‘정책지향’과 ‘실체중시적’ 행정법은 서로 구별되는 것으로 생각된다.

## (2) 행정학의 경향

오늘날의 행정학의 기원에 대하여는 유럽의 ‘관방학’(cameralism)을 행정학의 기원으로 보는 견해<sup>760)</sup>와 유럽의 관방학을 행정법학의 기원으로 이해하면서 행정학은 독일에 비하여 민주화가 일찍 진행된 영국과 미국에서 행정의 능률을 위하여 탄생하였다고 보는 견해<sup>761)</sup>가 주장된다.<sup>762)</sup>

미국 행정학은 성립 초기인 1880년대부터 1930년대에 이르기까지는 법적·제도적 접근방법을 택하였기 때문에 행정학이 어느 정도 (행정)법학과 관련을 가질 수 있었으나, 관리학과에 의한 과학적 접근법이 자리 잡은 이후부터는 행정학은 (행정)법학과는 결별하고 정치학, 경영학과와의 관계에서 주로 논의되면서 행태주의, 비교행정론, 발전행정론, 체계이론, 신행정학<sup>763)</sup>, 공공선택론 등으로 발전되어 왔다.<sup>764)</sup> 현재의 미국 행정학은 신공공관리론에 입각한 거버넌스 논의와 2000년대 이후의 신거버넌스 논의의 단계에 있다고 할 수 있다.<sup>765)</sup>

한편, 미국에서는 1960년대 후반 이후 행정학 내에서 ‘정책지향성’(policy

---

760) 유훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사, 51면.

761) 박동서, 『한국행정론』, 1998, 법문사, 65면; 오석홍, 『행정학』, 2013, 박영사, 4면. 19세기말 미국에서 시작된 행정학이 오늘날의 행정학의 연구대상이고, 그 이전의 연구들은 행정학의 연구의 범위에서 제외되어야 하는 것으로 보는 견해로는 오석홍, 전게서, 4면 참조.

762) 유럽에서 시작된 관료제에 대한 연구와 관방학 등을 모두 포함하여 유럽에서의 행정학의 기원을 파악하고, 미국에서 시작된 행정 연구를 미국에서의 행정학의 기원으로 파악하여 양자를 모두 행정학의 기원으로 보는 견해로는 정용덕 외, 『현대 국가의 행정학』, 2014, 법문사, 14면 참조.

763) 미국에서 1960년대 말에 왈도(D. Waldo)에 의하여 주창된 ‘신행정학’(New Public Administration)은, 종래 행태주의적 행정학의 가치중립적 성격을 비판하면서 ‘가치’와 ‘규범’ 중심의 연구를 강조하고 특히 ‘사회적 형평성’을 중시할 것을 주장한 행정학의 연구경향이다. 신행정학에 대하여는 오석홍, 전게서, 57면 이하; 유훈, 전게서, 76면 이하 참조.

764) 미국 행정학의 역사에 대한 설명은 정용덕 외, 전게서, 108면 이하; 정정길, 『행정학의 새로운 이해』, 2007, 대명출판사, 35면 이하 등 참조.

765) 정용덕 외, 전게서, 118면 참조.

orientation)을 가지는 새로운 연구경향이 강력하게 부각되었는데, 그것은 시카고 대학과 예일 대학의 교수를 지낸 해롤드 라스웰(Harold D. Lasswell, 1902-1978)이 주도한 ‘정책학’이다.<sup>766)</sup> 정책학은 문제 해결이라는 현실적인 목표를 추구하는 ‘문제 지향적’ 학문으로, 문제 해결을 위하여 다양한 학문의 이론과 방법론을 활용하는 것, 즉 ‘학문통섭적 접근방법’(consilience approach)을 방법론적 특징으로 한다.<sup>767)768)</sup>

### (3) 검토

미국에서는 국가와 행정에 대한 연구가 종래에는 주로 행정학·정책학을 중심으로 이루어졌기 때문에, 상대적으로 행정법학의 역할은 크지 않았다고 볼 수 있다. 그러나 ‘규제’에 대한 행정법학의 강조 또는 행정법학의 ‘정책 지향’ 등을 통하여 행정법이 — 가장 광범위한 의미로 — 정부에 대한 법적 통제로 기능함으로써 그 역할이 확대되고 있다고 할 수 있을 것이다.

한편, 미국에서는 정부 규제에 있어 규제정책의 과정과 절차의 개선방안 중 하나로 사법심사의 강화가 대안으로 제시되기도 하는데, 이는 정부 규제에 있어 사법부의 역할 강화를 통하여 정부 규제의 적법성과 형평성을 제고하려는 목적을 가지고 있는 것으로 설명되고 있다.<sup>769)</sup>

## 2. 독일

### (1) 행정법과 행정학의 관계에 대한 논의

---

766) 해롤드 라스웰은 법학과 사회과학의 차이점 때문에 정책학자와 법학자의 협업은 대단히 어렵다는 점을 강조한다. Harold D. Lasswell, *The Future of Political Science*, 2005, pp.193-207 참조.

767) 정정길 외, 『정책학원론』, 2006, 대명출판사, 16면 참조.

768) 권기현, 『정책학의 논리』, 2014, 박영사, 8-9, 36면 참조.

769) 최병선, 『정부규제론』, 2004, 법문사, 749-751면 참조.

독일에서의 ‘행정과학’(Verwaltungswissenschaft)은 다음의 세 가지 경향을 포함하는 상위개념으로 사용된다. 주로 사실에 대한 설명에 중점을 두는 행정학(Verwaltungslehre), 합목적적인 정책형성에 중점을 두는 행정정책학(Verwaltungspolitik), 그리고 행정법학(Verwaltungsrechtswissenschaft)이 여기에 해당한다.<sup>770)</sup>

독일에서의 행정에 대한 연구는 19세기 후반 이후 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법으로부터 오토 마이어의 ‘법학적 방법’으로 주도적 경향이 전환되었다.<sup>771)</sup> 이 시기는 독일 행정학의 쇠퇴기로 설명된다.<sup>772)</sup> 특히 법치국가의 이념으로 인해 행정법학이 행정과학을 주도하게 되었다. 그로 인해 당시의 독일 행정학의 특징은 법치주의 원칙을 중심으로 한 ‘근대화’(modernization)에 있었고, 그 결과로 독일의 행정과학은 1960년대까지도 법치국가를 핵심주제로 하였으며, 실정법학의 영향 아래 있게 되었다는 평가를 받는다.<sup>773)</sup>

이 시기의 행정학은 실정법학의 영향으로, “무엇이 옳고 옳지 않은지, 무엇이 적합하고 그렇지 않은지를 정의하고 조정하는 것”<sup>774)</sup>을 그 임무로 하

<sup>770)</sup> Günter Püttner, Verwaltungslehre, 4. Aufl., 2007, S.1-2; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S.98 등 참조. 다만, 독일에서는 현재는 ‘행정학’을 의미하는 두 단어인 ‘Verwaltungswissenschaft’와 ‘Verwaltungslehre’가 거의 동의어와 같이 사용되고 있다고 한다. Günter Püttner, a.a.O., S.1 참조.

<sup>771)</sup> Wolfgang Seibel, Administrative Science as Reform: German Public Administration, Public Administration Review, Vol.56, No.1(1996), p.74 참조. 여기에서 Wolfgang Seibel은 이 시기의 행정학은 로렌츠 폰 슈타인으로 대표되는 ‘상식에 기반한 행정업무 목록’(commonsense-based catalogue)으로부터 오토 마이어에 의한 ‘전문적인 행정 과정에 대한 엄격한 형식적 설명’으로 전환되었다고 설명한다.

<sup>772)</sup> 박응격, “서독행정학의 역사적 변천과 신관리모델”, 한국행정학보, 제13권 제13호(1979), 138-146면 참조. 여기에서는 20세기 초반부터 1960년대까지를 독일 행정학의 ‘재건기’로 설명하는데, 이 시기에는 주로 사회학의 영향을 받은 행정학 연구가 진행되었다고 한다. 박응격, 전제논문, 140-141면 참조.

<sup>773)</sup> Wolfgang Seibel, Administrative Science as Reform: German Public Administration, Public Administration Review, Vol.56, No.1(1996), p.74 참조.

<sup>774)</sup> Ibid., p.75.

였으며, 행정법학과 비교하여 인사·재무·조직의 문제만 추가된 정도의 모호한 성격의 학문에 지나지 않았다.<sup>775)</sup> 1970년대에 이르러서야 비로소 법학이 아닌, 사회과학에 기반한 행정학에 대한 주장이 등장하게 되었으나, 당시에는 사회과학적 행정학은 독립적 학문으로 자리 잡지 못하였다.<sup>776)</sup> 1970년대 이후에도 독일에서는 사회과학, 특히 정치학에 기반한 행정학이 지속적으로 시도되고 있다.<sup>777)</sup>

그럼에도 독일에서는 행정학 연구에 있어서 행정법학의 영향력은 여전히 유지되고 있다. 독일의 행정학 교과서에는 ‘행정’의 개념으로 오토 마이어의 행정 개념을 그대로 사용하고 있고,<sup>778)</sup> 행정학의 내용으로 법치국가, 주관적 공권, 행정행위 등에 대하여 설명한다.<sup>779)</sup> 정치학 기반의 행정학을 주장하는

<sup>775)</sup> Wolfgang Seibel, Administrative Science as Reform: German Public Administration, Public Administration Review, Vol.56, No.1(1996), p.75 참조.

<sup>776)</sup> Ibid., p.75-76 참조. 여기에서는 사회과학에 기반한 행정학에 대하여 공법학의 저항이 컸던 것도 하나의 원인으로 제시되고 있다. 한편, 당시의 독일 행정법학과 행정학의 관계에 대하여, 서원우 교수께서는 1976년 한국행정학회에서의 발표와 토론 과정에서 “독일과 일본에서는 행정학이 맥을 못 추는데 우리나라에서는 행정학이 활발한데, 이는 독일이나 일본에서는 유능한 공법학자들이 법학을 적절하게 활용하고 적용할 수 있기 때문에 행정학이 맥을 못 추지만 우리는 그렇지 못함으로 이틈을 타서 행정학이 침입하게 되었습니다.”라고 설명하신바 있다. 자세한 사항은 서원우, “행정법학에서 본 행정학”, 한국행정학보, 제10호(1976.12), 94-120면(120면) 참조.

<sup>777)</sup> Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl., 2009, S.39; Wolfgang Seibel, Administrative Science as Reform: German Public Administration, Public Administration Review, Vol.56, No.1(1996), p.76. 독일에서는 이러한 연구경향을 ‘신행정학’(Neo-Verwaltungswissenschaft)으로 부르고 있다. Bogumil/Jann 공저의 위 교과서의 제1판은 2005년에 출간되었는데 독일에서 정치학 기반의 행정학적 입장에서 서술된 최초의 행정학 교과서라고 한다. Jörg Bogumil, On the Relationship Between Political Science And Administrative Science In Germany, Public Administration, Vol.83, No.3, 2005, p.671 참조.

<sup>778)</sup> Wolfgang Seibel, Verwaltung verstehen, 2. Aufl., 2017, S.15 참조. 여기에서는 전통적 견해에 따르면 공행정을 “입법, 사법, 통치를 제외한 국가의 작용”으로 정의할 수 있다고 설명한다.

독일의 Jörg Bogumil은 독일에서의 행정학의 위상에 대하여 여전히 독립된 학문이라기보다는 학제적 연구의 대상인 다른 학문의 일부로 인식되고 있고, 고급공무원에 대한 교육은 여전히 (행정)법학이 주도하고 있다고 설명한다.<sup>780)</sup>

## (2) 통합적 학문으로서의 ‘행정과학’

1990년대 이후 전 세계적으로 거버넌스(Governance) 이론의 등장 등 다양한 정부개혁의 움직임이 있었고, 독일에서도 미국 행정학의 영향으로 통합적 학문으로서의 행정과학에 대한 논의가 지속되고 있다. 현재 독일의 행정학에서는 ‘조종’(Steuerung) 개념을 중심으로 하여 행정을 대상으로 하는 여러 학문들이 각자의 시각에서 각자의 방법론에 따라 풍부한 연구를 수행하고, “행정과학은 그러한 여러 학문들의 교차로로서 통합적인 과학의 역할을 담당”<sup>781)</sup>하는 통합학문(Integrationswissenschaft)을 지향하는 경향이 강하게 주장되고 있다.<sup>782)</sup>

독일의 Gunnar Folke Schuppert는 이러한 통합학문 지향성을 다음과 같이 설명한다. 법학, 정치학, 경영·경제학, 사회학 그 밖의 여러 다른 학문들이 각자의 시각과 방법론에 따라 연구를 수행하고, 그러한 여러 학문들의 연구

<sup>779)</sup> Wolfgang Seibel, Verwaltung verstehen, 2. Aufl., 2017, S.181-190 참조.

<sup>780)</sup> Jörg Bogumil, On the Relationship Between Political Science And Administrative Science In Germany, Public Administration, Vol.83, No.3, 2005, pp.670-671 참조.

<sup>781)</sup> Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S.44-45 참조.

<sup>782)</sup> 독일에서의 이러한 ‘통합학문’ 지향성은 반드시 신행정법학만의 특징은 아닌 것으로 보인다. 예를 들어, 경제행정 분야에서 ‘경제행정법’은 통합적 학문인 ‘경제행정과학’(Wirtschaftsverwaltungswissenschaft)의 구성요소로 인식되고 있다. 경제행정법은 그 자체로 법학의 부분 학문이면서 동시에 경제학, 행정학 등 다른 학문들과의 관련성을 가지고 있는 것으로 설명되고 있다. 그리고 ‘경제행정과학’은 이러한 학문들을 모두 포괄하는 종합학문이라고 한다. 로프 슈토버(최송화/이원우 역), 『독일경제행정법』, 1996, 법문사, 29-30면 참조.

의 접점에서 ‘통합학문으로서 행정과학’(Verwaltungswissenschaft als Integrationswissenschaft)이 중심적인 역할을 하여야 한다는 것이다.<sup>783)</sup> 그에 따르면, 통합학문으로서의 행정과학은 행정법학의 대상이 되는 ‘법’ 영역을 조종학의 부분 학문분과로 이해하면서, ‘조종학’(Steuerungswissenschaft)을 행정법학을 포괄하는 넓은 학문으로 이해한다. 이러한 시각에서는 법학, 정치학, 경영학, 사회학 등 여러 학문 분야가 각각의 영역을 연구하는데, 행정과학이 그러한 학문들을 모두 포괄하는 통합학문의 위치에 있게 되고, 법학은 통합학문인 행정학의 일부분으로 포함되는 것으로 이해된다.<sup>784)</sup> 이러한 행정과학에서는 합법성은 능률성, 효과성, 민주적 정당성 등 다른 가치들의 상위에 있지 않고, 다른 가치들과 대등한 위치에 있는, 행정의 여러 가지 가치들 중의 하나의 가치로 이해된다.<sup>785)786)</sup>

### (3) 신행정법학의 등장

신행정법학은 이른바 ‘조종’의 학문으로서의 행정법학을 목적으로 발전되고 있는 독일 행정법학의 하나의 연구경향을 말한다.<sup>787)</sup> 신행정법학은 조종을 행정법학과 행정학의 연결개념으로 인식한다.<sup>788)</sup> 신행정법학은 행정법학이 기존의 관점을 확대하여 조종학으로 새로운 방향설정을 할 것을 제안하

<sup>783)</sup> Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S.44-45 참조.

<sup>784)</sup> Ebenda, S.44-45 참조.

<sup>785)</sup> Jörg Bogumil, On the Relationship Between Political Science And Administrative Science In Germany, Public Administration, Vol.83, No.3, 2005, p.671 참조.

<sup>786)</sup> 통합적 학문으로서의 조종학에 대한 논의에 있어서는 법치주의적 관점에서 주의가 필요하다고 생각된다.

<sup>787)</sup> 신행정법학에 대한 국내 문헌으로는 김남진, “행정법의 종말론과 재생론”, 법연 제46호(2015), 32-35면; 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 83-112면; 정남철, 『현대행정의 작용형식』, 2016, 법문사, 3-43면 등 참조.

<sup>788)</sup> Gunnar Folke Schuppert, Schlüsselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, Die Verwaltung: Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, 1999, S.110ff 참조.

고 있다. 조종학은 ‘법학적 방법’의 약점을 극복하기 위하여, 법뿐만 아니라 법 이외의 다양한 조종의 요소들, 시장, 인사, 조직 등의 다양한 수단들도 고려하여야 한다는 ‘관점의 확대’를 처방으로 제시한다.<sup>789)</sup>

신행정법학의 방법론적 주장이 일관된 것은 아니지만, 일반적으로 행정법학의 방법론으로 ‘법학 내부’(Intradisziplinarität) 접근방법 외에도 다른 사회과학 분야의 학문 영역과의 ‘다(多) 학문’(Multidisziplinarität), ‘초(超) 학문’(Transdisziplinarität) 또는 ‘학문연계(학제)’(Interdisziplinarität) 접근방법 등을 제안하고 있다.<sup>790)</sup>

#### (4) 검토

독일에서는 종래 행정과학 영역에서의 ‘법학의 독점’ 현상이 지속되었으나, 1970년대 이후 사회과학적 기반의 행정학이 발전하고 신행정법학이 주장되는 등 법학과 사회과학의 연계가 활발하게 주장되고 있다. 법학은 “스스로를 실증할 수 없기 때문에 다른 인접학문에 대한 충분한 검토가 필요”<sup>791)</sup>하고, 행정법학은 “다른 학문의 현실에 대한 설명에 대하여 개방적이어야”<sup>792)</sup> 한다는 것이 신행정법학의 인접학문에 대한 방법론적 시각이다.

조종학으로서의 행정법학은 규범과학과 사실과학의 연계라는 점에서 바람직한 면도 있지만, 행정법학이 법학으로서의 독자성을 상실하게 될 수 있다는 우려도 존재한다.<sup>793)</sup> 또한 독일의 신행정법학이 처방으로 강조하는 조종 개념은 독일의 행정법학과 행정학의 관계에서 주장되는 것으로, 우리나라의

---

<sup>789)</sup> Ivo Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichen Anspruch, VVDStRL, Bd.67(2008), S.241(Fn.55) 참조.

<sup>790)</sup> Andreas Voßkuhle, Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, S.33 참조.

<sup>791)</sup> Ebenda, S.35.

<sup>792)</sup> Ebenda, S.35.

<sup>793)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 94면 참조.



행정학계에서 사용하고 있는 미국 행정학에서의 ‘조종’(steering) 개념과는 차이가 있다는 점에서, 우리나라에 수용함에 있어서는 맥락적인 고려가 필요하다고 할 것이다.<sup>794)</sup>

### 3. 우리나라

우리나라에서는 행정법학과 행정학의 분리가 심화되어 온 것으로 평가되고 있다.<sup>795)</sup> 그러한 중에도 1960년대 이후에 행정법학과 행정학의 대화 필요성이 주장된 이래, 행정법학의 연구에 행정학 등 사회과학적 방법론의 도입 또는 사회과학적 지식의 활용에 대한 주장이 제기되어 왔다.<sup>796)</sup> 우리나라에서는 대체적으로 행정법학의 종래의 방법론의 한계를 인정하고 이를 보완하기 위한 ‘학제적 연구’의 필요성을 강조하는 견해가 주를 이루고 있다. 종

---

794) 미국의 행정학에서 사용하는 ‘조종’(steering) 개념은 주로 ‘민영화’의 논거로 주장되는 것으로, 국가가 그동안 수행하던 작용들을 모두 민간 영역에 맡기고 조종적 기능만을 수행하여야 한다는, 즉 ‘노 젓기를 멈추고 조종만 하여야 한다.’(not rowing but steering)는 ‘국가의 후퇴’를 의미하는 개념으로 사용되고 있다. 즉, 국가는 공공재와 공공서비스가 공급되도록 하여야 하지만, 반드시 그것을 국가가 직접 할 필요는 없다는 것을 의미하고, 국가는 제3섹터 등 민간영역을 통하여 이러한 서비스가 공급되도록 하면 된다는 것이다. 미국에서의 ‘조종’ 개념에 대한 설명으로는 Osborne/Gaebler, *Reinventing Government*, 1992, p.25; Rosenbloom/Kravchuk/Clerkin, *Public Administration*, 8th, 2015, pp.19-20 등 참조. 민간 영역을 통한 공공서비스 공급에 관한 우리나라에서의 논의는 김유환, “21세기 New Governance에서의 NGO/NPO의 역할과 과제”, *행정법연구*, 제15호(2006.5), 169-185면 참조. 특히 국가의 핵심적 업무인 공권력적 작용에 대한 민간위탁의 문제로 민영교도소 제도의 행정법적 문제를 제기하면서 국가의 보장적 책임을 강조하는 견해로 김유환, “우리 민영교도소 제도의 행정법적 문제”, *행정법연구*, 제40호(2014.11), 85-106면 참조.

795) 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성 · 전개 · 발전”, *공법연구*, 제44집 2호(2015.12), 176면 참조.

796) 서원우, “행정학과 행정법학의 대화”, 『전환기의 행정법이론』, 1997, 박영사, 24-37면 참조.

래의 우리 행정법학이 법규의 해석에 치중하였던 점을 한계로 인식하고, 실제 행정의 현실에 대한 적합성을 높이기 위해 사회과학적 연구의 성과를 활용하여야 한다는 점에 대하여는 큰 이견이 없는 것으로 보인다.<sup>797)</sup> 여기에서 더 나아가, 종합적 행정과학으로서의 행정법학을 강조하는 견해<sup>798)</sup>, 입법학, 경제학, 정치학, 심리학 등 다른 학문의 방법론의 수용을 통한 다양한 연구방법의 협업을 강조하는 견해<sup>799)</sup>, 그리고 행정법학의 정책적 측면을 강조하면서, 행정법학의 방법론으로 ‘법정책학의 수용’을 대안으로 제시하는 견해 등이 다양하게 주장되고 있다.<sup>800)</sup>

또한, 법해석 중심의 행정법학에서 벗어나 ‘제도설계’ 중심의 행정법학으로의 전환을 주장하는 견해도 유력하게 제시되고 있다.<sup>801)</sup> 이 견해는 행정법학의 관심을 재판 중심의 사법작용으로부터 공법적 제도의 설계와 형성 등 입법작용으로, 더 나아가 국가 전체적인 시스템 구축의 영역으로 확대하고자 하는 방향성을 가지고 있다.

797) 김동희, “한국사회의 변화와 행정법학의 과제”, 서울대학교 法學, 제28권 제1호(1987), 79면; 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 4면 등 참조.

798) 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호(2015.12), 177-178면 참조. 여기에서는 한스 켈젠의 ‘행정과 사법의 동일성 테제’에 근거하여 행정의 정책적 측면과 법적 측면을 대등하게 포착하고 행정법학과 행정학이 서로 조언과 경청을 할 수 있는 기반을 마련함으로써 행정법학은 행정의 정책결정을 위한 법적 소재를, 행정학은 법적 결정을 위한 정책적 소재를 제공할 수 있다는 대안을 제시한다.

799) 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 107면; 최송화, “법과 정책에 관한 연구”, 서울대학교 法學, 제26권 제4호(1985), 88면 등 참조.

800) 홍준형, 『법정책의 이론과 실제』, 2008, 법문사, 8-11면; 문상덕, “현대의 행정 변화와 행정법학 방법론 연구 - 전통적 행정법학의 방법론 분석과 그 보완을 위한 시론”, 행정법연구, 제14호(2005년 하반기), 129면 등 참조.

801) 김중보, “행정법학의 개념과 그 외연 - 제도 중심의 공법학방법론을 위한 시론”, 행정법연구, 제21호(2008.8), 11, 18면; 서원우, “행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제”, 행정법연구, 제7호(2001.9), 8면; 이원우, 전개논문, 107면 등 참조.

## II. 법학적 방법과 다른 사회과학방법론의 관계

### 1. 행정법학과 사회과학의 방법론적 관계

Jörn Lüdemann은 행정법학의 방법론과 경제학, 심리학, 통계학 등 다른 사회과학의 방법론 사이의 관계에 대하여, 자립모형(Abstinenz Modell), 수렴 모형(Konvergenz Modell), 그리고 분산모형(Divergenz Modell)의 세 가지 유형으로 나누어 설명하는데<sup>802)</sup>, 행정법학의 방법론적 개방의 정도와 방법에 대한 구체적 방안을 모색하기 위하여서는 이에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

#### (1) 자립모형(Abstinenz Modell)

먼저, Jörn Lüdemann은 자립모형에 대하여, 행정법학이 사회과학과의 관계에서 방법론적으로 자급자족을 하여야 한다는 점을 중시하는 모형이라고 설명한다.<sup>803)</sup> 동 모형은 사회과학을 통하여 보다 풍부한 지식을 얻을 수 있고, 보다 좋은 방법론을 얻을 수도 있음을 인정한다. 행정법학이 이론적 지식이나 경험적 지식이 부족하고 적합한 방법론을 갖고 있지 못할 수도 있음을 인정하면서도, 사회과학에 의존하는 대신에 행정법학에서 스스로 해결방안을 찾으려 하는 모형이라고 할 수 있다.

#### (2) 수렴모형(Konvergenz Modell)

다음으로, Jörn Lüdemann은 수렴모형을 두 번째 모형으로 제시하는데, 동 모형은 행정법학을 자족적인 것으로 생각하지 않고 사회과학에 대하여 광범

---

<sup>802)</sup> Jörn Lüdemann, *Rechtsetzung und Interdisziplinarität, in der Verwaltungswissenschaft*, in Funke/ders(Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S.122-137 참조.

<sup>803)</sup> Ebenda, S.124 참조.

위하게 개방하는 것을 특징으로 한다.<sup>804)</sup> 수렴모형은 인접학문을 받아들이는 것을 통하여 행정법학에서 해결책을 얻으려 하는 것으로, 동 모형에서는 행정법학은 사회과학으로부터 이론적 지식과 경험적 지식뿐만 아니라 방법론 까지도 수입하게 된다. 즉 사회과학적 방법론을 도입하여 행정법학에 필요한 사회과학적 결과를 얻으려 하는 것이다.<sup>805)</sup>

동 모형에 따르면, 법학자들이 경제학 모델을 활용하거나 통계학적 방법 또는 심리학적 실험 등을 수행하는 방식이 되어, 결국 행정법학과 사회과학의 방법론이 하나로 수렴하게 된다. 이러한 방식은 인접 학문들과 행정법학이 각각의 역할을 하면서 협력하는 것이 아니라, 행정법학이 사회과학이 되어 버리는 결과를 가져온다.<sup>806)</sup>

Jörn Lüdemann은 수렴모델을 통하여 행정법학자가 사회과학적 방법론을 수행하는 것은, 마치 그가 사회과학의 세계에서 행정법의 외교대사가 되어 사회과학의 언어와 방법론으로 사회과학을 가르치는 것이라는 점을 지적한다.<sup>807)</sup> 즉, 그러한 방법론은 행정법학의 방법론이 아니라는 것이다. 다음으로, Jörn Lüdemann은 이러한 모형이 가장 적합한 인접학문을 활용하게 되는 것이 아니라, 행정법학자가 자신이 가장 잘 알고 친숙한 사회과학을 통하여 행정법학을 보충하려 한다는 점에서, 가장 전문적이고 정확한 지식을 얻기에도 한계가 있음을 지적한다. 즉, 어떤 행정법학자가 정치학을 연구한 경우에는 정치학적 모델을 도입하고, 사회학을 연구한 경우에는 사회학적 이론을 활용하게 되며, 이는 경제학, 심리학 등의 경우에도 모두 마찬가지라는 것이다.<sup>808)</sup> 여러 인접 학문 중에서 어떤 것을 활용할 것인지를 선택하는 것이 미

---

<sup>804)</sup> Jörn Lüdemann, Rechtsetzung und Interdisziplinarität, in der Verwaltungswissenschaft, in Funke/ders(Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S.126-131 참조.

<sup>805)</sup> Ebenda, S.128 참조.

<sup>806)</sup> Ebenda, S.128 참조.

<sup>807)</sup> Ebenda, S.130 참조.

리 결정되어 있다는 점에서, 수렴모델은 가장 정확하고 필요한 지식을 제공하는 것에도 한계가 있게 된다.

### (3) 분산모형(Divergenz Modell)

Jörn Lüdemann은 자립모형과 수렴모형의 중간단계에 해당하는 절충적 모형으로 분산모형을 제시한다. 동 모형은 학제적 연구방법을 활용하는 것이지만, 수렴모형과 같이 사회과학적 방법을 행정법학에 직접 도입하지는 않는다는 점에서 차이가 있다. 즉, 사회과학적 방법론과 같이 행정법학이 직접 어떠한 가설이나 이론을 경험적으로 검증하려고 하지 않는다는 것이다.<sup>809)</sup>

분산모형은 각 학문이 각자 자기의 역할을 하는 것을 전제로 하여, 학문간의 분업을 중요시하는 입장이다. 행정법학은 필요한 경우 사회과학의 지식을 조심스럽게 받아들여 활용함으로써 결과적으로 행정법학에 기여하도록 한다는 것이 동 모형의 특징이라고 할 수 있다.<sup>810)</sup> Jörn Lüdemann은 분산모형을 통하여 행정법학이 다른 사회과학들로부터 풍부한 공급을 받을 수 있음을 인정한다.<sup>811)</sup>

분산모형은 법적 연구와 사회과학적 지식을 조화시킬 수 있는 것으로, 서로 다른 학문들의 방법론의 자율성을 인정하면서 서로 다른 시각들과 서로 다른 학문들을 결합시킬 수 있다는 특징이 있다.<sup>812)</sup> 이러한 분산모형의 예

---

<sup>808)</sup> Jörn Lüdemann, Rechtsetzung und Interdisziplinarität, in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in Funke/ders.(Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S.130f 참조.

<sup>809)</sup> Ebenda, S.131 참조.

<sup>810)</sup> Ebenda, S.136 참조.

<sup>811)</sup> Ebenda, S.136 참조.

<sup>812)</sup> Andreas Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in Bauer/Czybulka/Kahl/ders.(Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S.188 참조.

로, Jörn Lüdemann은 안드레아스 포스쿠올레의 이른바 ‘7단계 모형’을 들고 있다.<sup>813)</sup> 분산모형에 따를 때, 방법론적 분업, 학문 사이의 상호 교육·관찰·통제가 중요하고 이를 위해서는 학문 내부적, 학제적 개방성과 의사소통, 그리고 협업이 중요하게 된다.<sup>814)</sup>

## 2. 행정법학 방법론의 개방과 확대

신행정법학을 비롯하여 최근 독일에서 행정법학 방법론의 개방을 주장하는 견해는 행정법학의 방법론으로 법학 내부(Intradisziplinarität) 접근방법 외에도 다른 사회과학 분야의 학문 영역과의 학제(Interdisziplinarität) 연구, 다(多) 학문(Multidisziplinarität), 또는 초(超) 학문(Transdisziplinarität) 연구 등을 제안하고 있다.<sup>815)</sup>

813) ‘7단계 모형’은 서로 다른 방법론을 배경으로 공법학을 연구함에 있어 필요한 실용적인 모형을 말한다. 1단계는 ‘동기분석’(Motivationsanalyse)인데, ‘연구자가 문제를 어떻게 정의하고 연구자의 관심사는 무엇인가’의 문제에 대한 것이다. 2단계는 ‘사실관계분석’(Sachverhaltsanalyse)인데, ‘연구자가 어떠한 사실관계에 기초할 것인가’의 문제에 대한 것이다. 3단계는 ‘해결방안분석’(Bestandsanalyse)인데, ‘어떠한 해결책이 법학 내에서, 그리고 다른 학문 영역에서 논의되는가’의 문제에 대한 것이다. 4단계는 ‘대안분석’(Alternativenanalyse)인데, ‘여러 해결방안 중에서 어떠한 사실적·이론적 전제에 기초할 것인지, 그리고 방법론적으로 정당화하는 방법은 무엇인지’에 대한 것이다. 5단계는 ‘규범분석’(Rahmenanalyse)으로, ‘어떠한 해결방안이 법에 적합한 것인지’의 문제에 대한 것이다. 6단계는 ‘정당화논거분석’(Begründungsanalyse)으로, ‘해결방안 결정에 대한 근거’의 문제이다. 7단계는 ‘결과분석’(Aktionsanalyse)으로, ‘해결방안이 가져오는 결과’에 대한 문제이다. ‘7단계 모형’에 대한 설명은 Andreas Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: Bauer/Czybulka/Kahl/ders.(Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S.171 이하 참조.

814) Ebenda, S.194 참조.

815) Andreas Voßkuhle, Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, S.33 참조.

## (1) 법학 내부 접근방법

법학 내부 접근방법은 행정법학의 방법론을 같은 법학 내에 있는 다른 법학으로 개방하는 것을 내용으로 한다. 이는 종래의 민사법, 공법, 형사법 등 법학의 부분학문의 구분을 인정한다. 그러나 공적 임무가 주어지거나 사회문제가 발생하는 것은 이러한 법학의 부분학문의 구분에 따라 정해지는 것이 아니고, 환경 문제나 정보 문제, 규제전략 등과 같이 여러 분야에 걸치는 이슈들이 발생하기 때문에, 이러한 경우에 대응하기 위해서는 법학의 부분학문들 사이의 구분에 따른 폐쇄성을 상대화하고 법학의 전체적인 협의가 필요함을 강조한다.<sup>816)</sup>

## (2) 학제 연구

행정법학 방법론의 개방을 주장하는 독일의 행정법학자들은 행정 및 행정법과 관련된 조직과 작용 등을 대상으로 하는 인접 학문들과 행정법학이 최소한 다학문 연구방법을 적용할 것을 제안하고 있고, 더 나아가 학제 연구방법이나 초학문 연구방법을 심화할 것을 방법론으로 제안한다.<sup>817)</sup> 이러한 제안의 대상이 되는 인접 학문들은 주로 경제학, 사회과학, 공학 등이고 여기에는 전통적으로 ‘행정과학’으로 분류되는 주제들, 즉 경영학, 행정사회학, 행정심리학, 행정지리학, 조직이론, 행정정보, 행정역사 등이 포함된다고 한다.<sup>818)</sup>

특히 신행정법학은 학제 연구를 통한 ‘방법론의 개방’을 제안하는데, 이것은 전통적인 법학적 방법이 아닌 방법론을 사용하거나 다른 학문의 방법론에 따라 얻어진 지식을 받아들이는 것을 의미하는 것이다.<sup>819)</sup> 방법론의 개방

---

<sup>816)</sup> Andreas Voßkuhle, Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann- Riem/ Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, S.33-34 참조.

<sup>817)</sup> Ebenda, S.34 참조.

<sup>818)</sup> Ebenda, S.33-34 참조.

은 관점의 변화를 통하여 다른 학문의 방법론을 수용하는 것을 말하는데, 학제 연구를 통한 방법론적 개방을 위해 ‘학제적 협업’(interdisziplinäre Kooperation)이 강조되고 있다.<sup>820)</sup>

### (3) 초학문 · 다학문 연구

행정법학 방법론의 개방을 주장하는 견해는 더 나아가 학문 간의 경계를 넘어서는 초학문 연구방법에까지 이른다. 안드레아스 포스쿠올레는 이를 ‘개별적-통합적’(differenziert-integrativ) 방법으로 소개하는데, 이것은 행정법학이 다른 학문들과 서로 다른 관점을 하나로 통합하면서도 각자의 학문적 정체성을 포기하지 않는 접근방법을 말한다고 한다.<sup>821)</sup> 이러한 연구는 초학문적인 메타이론에 해당하는데, 이러한 연구에서는 행정법의 규범적 도그마틱과 인접 학문 영역 사이에서 발생하는 ‘지식의 교류’(Wissentransfer)를 구조화할 수 있는 ‘교류규칙’(Verkehrsregeln)을 발전시켜야 함을 강조한다.<sup>822)</sup> 여러 독립된 학문의 관점과 방법론이 동시에 적용될 경우에 어떠한 방법론을 우선적으로 적용할 것인지를 결정하는 적용의 구조와 순서에 관한 문제이므로, 방법론의 투명성과 공정성 등이 중요한 요건이 된다.<sup>823)</sup>

## 3. 검토

행정법학과 행정학은 모두 ‘행정’을 대상으로 하고 있지만, 행정법학은 규

---

<sup>819)</sup> Hans Christian Röhl, Öffnung der Method durch Internationalität und Interdisziplinarität, VVDStRL, Bd.74(2015), S.27ff 참조.

<sup>820)</sup> Ebenda, S.29 참조.

<sup>821)</sup> Andreas Voßkuhle, Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann- Riem/ Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, S.35 참조.

<sup>822)</sup> Ebenda, S.35 참조.

<sup>823)</sup> Ebenda, S.35-36 참조.



범과학으로서 법학에 해당함에 반하여, 행정학은 현상의 설명을 중시하는 사회과학에 해당한다는 점에서 두 학문은 근본적인 차이가 있고, 방법론의 문제에 있어서도 행정학의 방법론은 현상을 ‘설명’하고 ‘인과관계’를 밝히는 것에 중점을 두기 때문에 행정법학의 방법론과는 근본적인 차이가 있어 두 학문의 방법론적 접근은 대단히 어려운 것이라고 할 수 있을 것이다.<sup>824)</sup>

(1) 방법론적 접근이나 통합이 아니라, 사회과학적 지식을 행정법학의 ‘소재’로 활용하는 것, 즉 그러한 지식들을 행정법학의 인식의 대상으로 받아들이는 것은, 법학의 대상인 ‘사실’에 대한 보다 과학적이고 합리적인 인식을 가능하게 한다는 점에서 유용하다고 할 것이고, 로렌츠 폰 슈타인의 연구결과를 행정법학의 기초로 활용하여야 한다는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 입장과도 부합하는 것이라고 할 수 있다.

(2) 신행정법학이 제시하는 다학문 연구를 비롯하여 학제 연구, 초학문 연구 등의 방법론은 행정법학의 관점을 확대하고자 하는 것인데, 관점의 ‘확대’는 기존 관점의 ‘존속’을 전제로 하는 것이므로<sup>825)</sup>, 신행정법학은 전통적인 ‘법학적 방법’의 완전한 배제나 방법론의 완전한 전환을 주장하고 있는 것은 아닌 것으로 평가할 수 있을 것이다.

또한 행정법학의 다른 인접 학문과의 다학문 연구, 학제 연구, 초학문 연구 등은 모두 독립적인 개별 학문으로서의 행정법학의 정체성을 전제로 하는 것이라는 점에서, 신행정법학에서도 전통적인 법학방법론에 따른 도그마틱 연구가 여전히 중요하다고 할 것이다.<sup>826)</sup> 또한, 그러한 면에서 ‘법학적

---

824) 일본의 경우에도 행정법학과 행정학의 대화의 필요성은 계속하여 제기되고 있지만, 두 학문은 서로 독립한 별개의 학문으로 이론상으로는 실재상으로도 이미 분리되어 있으며 현재에도 그 격차는 점점 더 확대되고 있는 상황이라고 한다. 이에 대한 설명은 正木宏長, 『行政法と官僚制』, 2013, 成文堂, 22-27面.

825) Patrick Hilbert, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S.233 참조.

방법'과 신행정법학이 제시하는 방법론적 처방은 서로 배척하는 것이 아니라, 서로 공존할 수 있는 것이라 할 것이다.

(3) 행정법학의 연구에 행정학 등 다른 학문의 방법론을 직접 활용하는 경우, 또는 단순히 여러 학문의 방법론을 사용하는 것에 그치는 경우에는 의미 있는 결론에 이르지 못하고 오히려 방법론상의 혼란만을 가져올 우려도 있음은 이미 수렴모형의 문제점으로 살펴본 바 있다.<sup>827)</sup> 다양한 학문 사이에서 행정법학은 '분산모형'을 통하여 의미 있는 결과를 가져올 수 있다.

분산모형에 따를 때, 학문 사이의 협업을 통한 학제 연구를 위해서는 방법론의 '연결'이 중요하게 된다.<sup>828)</sup> 다른 학문과 방법론적으로 연결이 가능한 영역에 대한 학제 연구가 중요하다고 할 것인데, 행정법학이 다른 학문들과 연결될 수 있는 연결개념으로서 다양한 '행정의 가치'의 문제가 학제 연구의 대상이 될 수 있을 것이다.

(4) 공법적 제도의 설계를 중시하는 견해는 사회과학적인 '제도주의'의 관점을 의미하는 것이 아니라, 법학적 방법론을 중심으로 하면서 다른 사회과학의 방법론을 활용하여 법적 제도를 설계하는 것을 목표로 하는 방법론이므로 '법학적 방법'의 연장선에 있다고 할 수 있다.

(5) 오토 마이어의 '법학적 방법'은 법개념을 중시하면서 법치국가 이념에 따라 법개념을 통하여 법제도와 법체계를 형성하는 것을 특징으로 하는데, 이러한 '법학적 방법'은 오늘날의 우리의 행정법학에서도 여전히 큰 의미를

---

826) 이원우, "21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제", 행정법연구, 제48호(2017.2), 101면 참조.

827) 오토 바호프는 이를 '방법론적 혼합주의'(Methodensynkretismus)라고 하며, 이러한 방법론적 혼합주의는 배척되어야 한다고 주장한다. Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.217f 참조.

828) Günter Püttner, Verwaltungslehre, 4. Aufl., 2007, S.6-7 참조.

가지고 있다. ‘법학적 방법’은 가장 우선적으로 법의 해석에 있어, 목적론적 해석을 제한하는 기능을 한다.<sup>829)</sup> 현실의 문제 해결에 있어 ‘법학적 방법’이 갖는 가장 큰 의미는 바로 자의금지를 통한 법적 안정성 및 예측가능성의 확보에 있다고 할 수 있다.<sup>830)</sup>

다양한 학문들에 대한 개방성, 그리고 다양한 학문들과의 협업 가능성은 독립적인 학문 분과인 행정법학의 독자성을 전제로 하는 것이고, ‘법치국가’를 지도 원리로 하는 오토 마이어의 행정법학 방법론은 다양한 방법론의 결합을 통한 확장 가능성을 갖는 행정법학에 있어서 최소한의 핵심적 영역으로서 여전히 의미를 갖는다고 할 것이다.

(6) 우리나라에서 주장되는 행정법학 방법론의 확대에 대한 견해들은 대체적으로 행정법학의 전통적인 ‘법학적 방법’의 완전한 폐기나 전환을 주장하는 것이 아니라, ‘법학적 방법’ 자체의 필요성과 유용성은 긍정하되 행정법학은 법학으로서의 정체성을 지키면서 다른 학문과 교류하고 협동하여 그 내용을 풍부하게 하고 현실 적합성을 높일 것을 요구하는 것이라 할 수 있다. 그러한 방법론의 전제는 ‘법학적 방법’이 튼튼한 기초로 자리 잡도록 하고 이를 바탕으로 하여 보다 더 행정 현실에 적합하고 문제 해결능력이 있는 구체적인 방법론을 검토한다는 것이다. 이하에서는 우리나라에서의 논의를 바탕으로, 구체적 방법론으로 행정 가치에 대한 연구와 제도설계에 대한 연구를 살펴본다.

---

829) 행정학과 정책학 등 사회과학에서는 ‘법’을 정책목표 실현을 위한 수단으로 인식하는 것이 일반적인 견해이고, 행정을 담당하는 공무원들 역시 일반적으로 법률은 ‘정책의 실현수단’인 것으로 인식하고 있는 듯하다. 그러한 면에서, ‘법학적 방법’의 목적론적 해석에 대한 제한 기능은 대단히 중요하다고 생각된다. 우리나라에 있어 ‘법의 정책에 대한 예측현상’과 ‘정책적 합리성을 법논리적 타당성보다 우선하려는 목적론적 해석경향’의 문제점을 지적하는 견해로는 이상돈, 『법철학』, 2008, 법문사, 139-140면 참조.

830) 최계영, 『오토 마이어의 행정행위 이론』, 2004, 서울대학교 석사학위논문, 25-26면 참조.

## 제2절 구체적 방법론의 모색

오토 마이어의 행정법학 방법론은 행정법학의 독자성과 정체성을 중시하지만, 동시에 다른 학문 영역에 대한 개방성도 함께 가지고 있으므로, ‘법학적 방법’이 가지는 문제점을 극복하기 위한 방안으로 방법론적 개방성을 모색할 수 있는 방법론에 대한 탐구가 필요하다. 이러한 연구의 방법으로는 우선 학제 연구로서 ‘행정가치’에 대한 연구와 ‘제도’ 연구가 가능할 것이고 또한 현실 문제의 해결을 위해 중요하다고 할 것이다. 그리고 더 나아가 다양한 방법의 초학문·다학문 연구방법론이 가능할 것이다.

### I. 학제 연구

#### 1. 행정의 가치에 대한 연구

행정의 가치는 헌법을 정점으로 하는 법체계에 반영되어 있어 행정법의 연구는 행정 가치에 대한 연구가 될 수 있다. 행정이 추구하는 다양한 가치는 비록 개념적인 차이는 있지만, 다른 학문 특히 사회과학 방법론을 사용하는 학문 분과에서 추구하는 가치와 공통되는 것이므로, 행정의 가치는 행정에 대한 ‘법학적 방법’에 따른 연구와 사회과학적 방법에 따른 연구의 학제 연구방법의 접점이 될 수 있다.

행정 가치의 예로 공익, 효율성, 민주성, 형평성 등을 들 수 있는데<sup>831)</sup>, 이러한 가치들은 이미 실정법에도 상당 부분 반영되어 있기도 하다. 행정법학은 이러한 가치들이 자의적으로 사용되지 않도록 엄격한 법적 개념으로 구성 내지 ‘법개념화’<sup>832)</sup>함으로써 그러한 가치를 반영하는 법제도로 구성하여

---

831) 정정길, 『행정학의 새로운 이해』, 2007, 대명출판사, 191-352면 참조. 여기에서는 행정학의 연구대상인 행정이 추구하여야 하는 기본가치로는 최고가치인 ‘공익’과 공익의 주요한 내용을 이루는 능률성·효과성·형평성·민주성·합법성 등의 행정의 지도원리가 있는 것으로 설명한다.

야 하는 임무와 엄격한 개념으로 해석하여야 하는 임무를 동시에 가지고 있다. 이하에서는 행정 가치에 대한 연구에 대하여 살펴본다.

### (1) 공익에 대한 연구

공익은 행정의 최고의 목표로 인식되고 있으나, 행정을 연구하는 학문마다 공익의 개념은 차이가 있다.<sup>833)</sup> 공익은 여러 학문들이 함께 연구하는 대상이므로, 다양한 학문적 입장 속에서 공익을 ‘법문제화’하고, 법적 개념으로 설명함으로써 무엇이 공익인지에 대한 해석기준을 제시하고, 이를 유형화·구체화하는 것이 중요하다고 할 것이다.<sup>834)</sup> 현재 ‘공익’ 개념은 우리나라의 실정법 질서 속에 받아들여져 있고<sup>835)</sup>, 입법과정과 집행과정에서 “국가작용을 일정한 방향으로 유도하는 기능”<sup>836)</sup>을 수행하고 있다고 할 수 있다.

공익 개념은 “법발견과 입법의 기초를 구성하는 추상적 원리”<sup>837)</sup>로 인정될

832) 이원우, 『경제규제법론』, 2010, 홍문사, 37면 이하 및 946면 참조.

833) 실제 ‘공익’ 개념에 대하여는 다양한 논쟁이 있다. 자유주의적 관점에서는 공익이라는 실체를 인정하지 않고 ‘사익의 집합’을 공익으로 보고 있으며, 반면에 공익의 실체성을 인정하는 입장에서는 공익은 ‘사익의 전체합’을 초과하는 것이라고 설명한다. 다양한 공익 개념에 대하여는 김유환, “영미에서의 공익개념과 공익의 법문제화”, 서울대학교 法學, 제47권 제3호(2006.9), 54면 이하; 정정길, 『행정학의 새로운 이해』, 2007, 대명출판사, 267면 이하; 최송화, 『공익론 - 공법적 탐구』, 2004, 서울대학교출판부, 175면 이하 등 참조.

834) 공익의 법문제화 및 법개념화에 대하여는 김유환, “영미에서의 공익개념과 공익의 법문제화”, 서울대학교 法學, 제47권 제3호(2006.9), 71면 이하; 최송화, “공익의 법문제화”, 서울대학교 法學, 제47권 제3호(2006.69), 10-27면; 최승원, “행정법과 공익”, 행정법연구, 제15호(2006.5), 95-111면 등 참조.

835) 2003년도 기준으로, ‘공공복리’를 규정하는 법령은 77개이고, ‘공익’에 대해 규정하는 법령은 659개라고 한다. 이러한 점을 볼 때 ‘공익’은 이미 법개념으로 사용되고 있음을 알 수 있다. 이에 대하여는 이은기, “사정판결과 공공복리”, 행정법연구, 제27호(2010.8), 166면 참조.

836) 이원우, 전거서, 34-35면.

837) 이원우, 전거서, 35면.

수 있으므로, 행정법학의 관점에서는 공익 개념의 추상성을 극복하고 엄밀한 법개념으로 구성하여야 하는 필요가 있게 된다. 행정법학에 있어, 특히 ‘불확정개념’에 대한 해석은 공익 판단의 성격을 갖게 된다는 점에서<sup>838)</sup>, 공익 개념에 대한 법문제화와 법개념화는 행정법학 방법론의 중요한 과제라고 할 수 있을 것이다.

## (2) 효율성에 대한 연구

### 1) 효율성의 개념과 법개념화의 필요

‘효율성’은 경제학, 행정학, 경영학 등 다양한 학문에서 추구하는 가치라고 할 수 있다. 경제학에서는 이른바 ‘파레토 최적’이 달성된 상태를 의미하고<sup>839)</sup>, 행정학에서는 비용과 편익의 비율로 나타내는 ‘능률성’(efficiency) 또는 목표달성의 정도를 의미하는 ‘효과성’(effectiveness) 등의 개념으로 사용된다.<sup>840)</sup> 행정법학과 다른 학문 사이의 학제적 연구가 논의되는 이유 중 상당한 부분은 바로 효율성의 문제 때문이라고도 할 수 있을 것이다. 그런데 효율성에 대한 개념도 학문마다 다르기 때문에, 효율성이 법의 문제가 되는 경우에는 명확한 ‘법개념화’가 선행되어야 한다.

“행정법학이 ‘행정의 효율성’을 행정법의 규범내용의 하나로 포섭하여 그 규범적 의미를 분석할 수 있어야만 행정을 규율하는 완전한 규범과학이 될 수 있는 것이다.”<sup>841)</sup>

---

838) 김유환, “행정법 해석의 원리와 해석상의 제문제”, 한국법철학회 김도균(편), 『한국 법질서와 법해석론』, 2013, 세창출판사, 504면 참조.

839) 이준구, 『미시경제학』, 2013, 법문사, 529면.

840) 정정길, 『행정학의 새로운 이해』, 2007, 대명출판사, 195, 202면 참조.

841) 박정훈, “행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로”, 한국공법이론의 새로운 전개(목촌 김도창 박사 팔순기념논문집), 삼지원, 2005, 218면.

## 2) 효율성의 법개념화

‘효율성’ 개념의 법개념화는 독일에서 발터 라이스너(Walter Leisner)에 의하여 시도된 바 있다.<sup>842)</sup> 그는 일정한 목표의 실효적인 달성, 최적의 목표와 수단의 관계, 그리고 목표와 무관한 효율성, 즉 기관의 효율성의 세 가지 개념으로 효율성을 법개념화하였다.<sup>843)</sup>

우리나라에 있어서, 효율성은 헌법적 관점에서는 “자원을 비합리적으로 낭비하는 것은 공화주의 원리에서 도출되는 공익의 원리에 반하는”<sup>844)</sup> 것이 되고, ‘경제성 원리’는 이미 헌법에 수용되었으며,<sup>845)</sup> 행정법적 관점에서는 “비례원칙의 구성 원리인 최소 침해 원칙과 내용적으로 통하는 개념”<sup>846)</sup>이라는 점에서, 효율성은 헌법과 행정법에서의 일반적 원리로 받아들여지고 있다고 볼 수 있을 것이다.<sup>847)</sup> 또한 ‘효율성’ 개념은 이미 우리나라의 실정법에도 반영되어 있다.<sup>848)</sup><sup>849)</sup>

842) 박정훈, “행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로”, 한국공법이론의 새로운 전개(목촌 김도창 박사 팔순기념논문집), 삼지원, 2005, 219-222면 참조.

843) 박정훈, 전제논문, 219-220면 참조.

844) 이원우, 『경제규제법론』, 2010, 홍문사, 145면. 다른 가치들과의 이익형량을 막기 위해서 효율성을 공익의 구성요소로서가 아니라 독립적인 법적 개념으로 파악하여야 한다는 견해로 이원우, “현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점”, 행정법연구, 제29호(2011.4), 114면 참조.

845) 김해룡, “경제성 원리의 행정법에서의 수용”, 공법연구, 제32집 제4호(2004.3), 19-39면 참조.

846) 이원우, 전제서, 171면.

847) 이원우, 전제서, 946면 참조.

848) 2008년도 기준으로 우리나라에는 ‘효율’ 3,381건, ‘능률’ 199건의 조문이 있다고 한다. 이원우, 전제서, 144면 참조.

849) 우리나라의 실정법에서 효율성 개념이 중요한 요건으로 사용되고 있는 법제도로는, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 공정거래법)에서의 ‘효율성 증대효과’의 경우를 들 수 있다. 공정거래법은 경쟁제한적인 기업결합에 대하여는 원칙적으로 금지하지만, 효율성 증대효과가 큰 경우에는 예외적으로 이를 허용하고 있다(동법 제7조 제2항 제1호). 구체적으로, 기업결합심사기준은 효율성 증대효과를 ‘생산·판매·연구개발 등에서의 효율성 증

### 3) 비용편익분석

효율성 개념에 대한 경제학적·행정학적 접근방법으로 ‘비용편익분석’(Cost-Benefit Analysis) 방법이 있다. 비용편익분석이란 공공목표를 달성하기 위하여 예상되는 여러 대안들의 비용과 편익을 측정하여 이를 비교·평가함으로써 최선의 대안을 발견하고자 하는 기술적 방법을 의미한다.<sup>850)</sup> 종래에는 주로 재정학, 공공경제학, 정책학 등의 학문에서 논의되었는데, 현재는 행정법학에서도 하나의 제도로 논의되고 있다.<sup>851)</sup>

행정법적으로, 비용편익분석은 “비례원칙의 적용을 위한 이익형량을 제도화”<sup>852)</sup>한 것으로 이해될 수 있다. 현행법상으로 예비타당성조사 제도가 『국가재정법』에 도입되어 있는데<sup>853)</sup>, 예비타당성조사는 비용편익분석을 그 내용으로 하고 있으므로, 비용편익분석은 현재 우리나라의 법제도로 도입되어 있다고 할 수 있다.<sup>854)</sup>

---

대효과’와 ‘국민경제 전체에서의 효율성 증대효과’로 나누어 판단하도록 기준을 제시하고 있다. 이에 대한 설명은 권오승/서정, 『독점규제법』, 2017, 법문사, 231-232면 참조.

850) 김동건, 『비용·편익분석』, 2012, 박영사, 2면 참조.

851) 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 166면 이하 참조.

852) 이원우, 『경제규제법론』, 2010, 홍문사, 171면.

853) 『국가재정법』 제38조(예비타당성조사) ①기획재정부장관은 총사업비가 500억원 이상이고 국가의 재정지원 규모가 300억원 이상인 신규 사업으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 대규모사업에 대한 예산을 편성하기 위하여 미리 예비타당성조사를 실시하고, 그 결과를 요약하여 국회 소관 상임위원회와 예산결산특별위원회에 제출하여야 한다. 다만, 제4호의 사업은 제28조에 따라 제출된 중기사업계획서에 의한 재정지출이 500억원 이상 수반되는 신규 사업으로 한다.

1. 건설공사가 포함된 사업
2. 「국가정보화 기본법」 제15조제1항에 따른 정보화 사업
3. 「과학기술기본법」 제11조에 따른 국가연구개발사업
4. 그 밖에 사회복지, 보건, 교육, 노동, 문화 및 관광, 환경 보호, 농림해양수산, 산업·중소기업 분야의 사업



비용편익분석에 대하여는 그 유용성에도 불구하고, 계량화의 어려움으로 인한 측정의 부정확성, 가치판단의 개입, 기본가정의 비현실성 등의 한계도 있기 때문에, 비용편익분석의 결과를 절대시하거나 이를 만병통치약처럼 신봉하는 것은 적절치 않다고 할 것이다.<sup>855)</sup> 특히, 비용편익분석이 정확하다고 하여도 헌법상의 평등원칙과의 충돌 등 헌법적 문제도 야기할 수 있으므로<sup>856)</sup>, 비용편익분석에 우선하여, 법적인 개념화를 통한 법적 분석과 개념분석이 필요할 것이다.<sup>857)</sup>

#### 4) 소결

효율성은 경제학, 행정학 등 다른 사회과학에서 추구하는 핵심적인 가치이므로, 다른 가치에 비하여 학제 연구가 더욱 활발하게 진행될 수 있다고 생각된다. 효율성 개념은 행정법학의 정체성을 확보하면서도 학제 연구를 통하여 행정의 문제해결능력을 제고하기 위해 행정법적인 ‘법개념화’가 가장 필요한 행정가치라고 할 수 있을 것이다. “행정법학이 행정을 규율하는 완전한 규범과학이 되기 위해서는 ‘행정의 효율성’을 행정법의 내용으로 포섭하여 그 규범적 의미를 분석할 수 있어야 한다.”<sup>858)</sup>는 주장은 그러한 면에서 아무리 강조해도 지나치지 않다고 할 것이다.

#### (3) ‘민주성’에 대한 연구

---

854) 김동건, 『비용·편익분석』, 2012, 박영사, 8-9면 참조.

855) 김동건, 전게서, 5면; 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 169-175면 등 참조.

856) 김유환, 전게서, 174-175면 참조.

857) 이원우, 『경제규제법론』, 2010, 홍문사, 665면 참조.

858) 박정훈, “행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로”, 한국공법이론의 새로운 전개(목촌 김도창 박사 팔순기념논문집), 삼지원, 2005, 218면.

민주성은 헌법상 민주주의 원리로 반영되어 우리 헌법과 행정법의 지도 원리로 확고하게 자리 잡고 있다고 할 수 있다. 민주성에 대하여는 정치학, 행정학에서 주로 논의되었고, 법학에서는 헌법의 주된 테마였다고 할 수 있다. 그러나 행정법의 임무는 “민주가 안전하게, 평화적으로, 그리고 활발하게 유지·발전될 수 있는 여건을 조성하는 것에 있다”<sup>859)</sup>는 관점에서, 행정법의 여러 법개념과 법제도 속에 내포되어 있는 ‘민주주의’와 ‘민주적 합의’를 자각하는 방법론적 각성이 필요하다는 주장이 유력하게 제기되고 있다.<sup>860)</sup>

정치적 민주주의, 행정의 민주성 등의 가치를 연구하는 정치학·행정학 등과의 학제 연구와 연구 성과의 교류를 통하여, 행정법학의 민주성에 대한 연구는 더욱 풍부해질 수 있게 될 것이다.<sup>861)</sup> 특히 행정법학에 있어서는, 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 지도 원리인 법치국가 이념이 ‘민주’와 결합함으로써, ‘민주적 법치’라는 지도 원리로 기능할 수 있게 될 것이다.

#### (4) 소결

행정의 가치에 대한 연구는 행정에 대한 ‘법학적 방법’에 따른 연구와 사회과학적 방법에 따른 연구의 접점이 된다. 다양한 가치를 법개념으로 포섭함으로써 다른 학문의 연구를 행정법학의 내용으로 활용할 수 있게 될 것이다.<sup>862)</sup> 이러한 ‘법개념화’를 통한 ‘법학적 방법’의 적용은, 국가권력이 행정

859) 박정훈, “행정법학의 과제와 임무 - 행정법학의 미래: ‘민주’ 및 ‘민주적 합의’의 자각”, 한국공법학회 2016년도 공법학자대회 자료집, 한국공법학회 (2016.12), 66면.

860) 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호 (2015.12), 182면; 同人, 박정훈, “행정법학의 과제와 임무 - 행정법학의 미래: ‘민주’ 및 ‘민주적 합의’의 자각”, 61-76면 등 참조.

861) 행정법에 있어 민주성에 대한 논의로는 서승환, 『합의제 독립규제기관의 민주적 정당성에 관한 연구 - 금융규제기관을 중심으로』, 2014, 서울대학교 박사학위논문; 이계수, “군사안보외교통상 정책에 대한 민주주의적 통제; 국방에 대한 민주주의적 통제”, 민주법학, 제32호(2006), 23-54면 등 참조.

862) 여기에서 언급한 가치 이외에도, 다양한 행정 가치에 대한 연구가 가능할

의 가치 추구하고 목적 달성을 명분으로 자의적으로 권력을 행사하는 것을 금지하고, 객관적인 법적 사고를 가능하도록 함으로써 궁극적으로 국민의 권리를 보호하려는 데에 가장 큰 목적이 있다고 할 것이다.<sup>863)</sup>

그리고 행정의 가치에 대한 연구는 행정법학에 있어서는 주로 재량권 범위의 문제와 불확정개념의 해석의 문제가 될 것이다.<sup>864)</sup> 이 경우 문제되는 행정의 영역에 따라 법원의 사법심사의 강도가 달라질 것인데<sup>865)</sup>, 엄밀한 ‘법학적 방법’에 따른 해석과 유형화가 중요하게 될 것이다. 그러한 점에서, 재량과 불확정개념의 해석과 적용의 문제가 행정법학의 핵심으로 될 것이고<sup>866)</sup>, 이에 대한 각 가치별 명확한 개념화와 유형화가 행정법학의 중요한 임무가 될 것으로 생각된다.

## 2. 제도에 대한 연구

다음으로 제도 중심의 연구는, 제도를 통하여 현상을 설명하려 하는 사회과학적인 ‘제도주의’와는 다른 것으로, 본래 ‘법학적 방법’의 영역 내에 있는 연구방법이라고 할 수 있다. 독일에서의 ‘법제도’ 연구는 사비니에서부터 시

---

것이다. 행정학적 개념인 이른바 ‘좋은 거버넌스’(good governance) 또는 ‘좋은 행정’(good administration)에 대한 행정법적 연구로는 장경원, “EU법상 좋은 행정의 의미”, 행정법연구, 제25호(2009.12), 273-305면 참조. 행정의 가치인 ‘투명성’에 대한 행정법적 연구로는 김대인, “정부조달계약에 있어서 투명성의 법적 의미”, 행정법연구, 제13호(2005), 195-222면 참조.

<sup>863)</sup> 마르틴 크릴레(홍성방 역), 『법발견의 이론』, 2013, 유로서적, 36-37면 참조.

<sup>864)</sup> 김유환, “행정법 해석의 원리와 해석상의 제 문제”, 한국법철학회(김도균 편), 『한국 법질서와 법해석론』, 2013, 세창출판사, 505-506면 참조.

<sup>865)</sup> 박정훈, “불확정개념과 판단여지”, 김동희 편, 『행정작용법』, 2005, 박영사, 269면 참조.

<sup>866)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 39면 참조. 독일에서의 재량이론의 발전과정에 대하여는 송시강, 『행정법상 특허에 관한 연구』, 2010, 서울대학교 박사학위논문; 이은상, 『독일 재량행위 이론의 이해』, 2014, 경인문화사 등 참조.

작되어 오토 마이어와 플리츠 플라이너의 ‘법제도’ 개념, 그리고 에리히 카우프만과 칼 슈미트를 거쳐, 포르스트호프를 통하여 행정법학의 방법론의 하나로 자리 잡은 것으로 평가되고 있다.<sup>867)</sup>

사회적으로 새로운 문제가 제기되거나 새로운 현상이 나타나거나, 법적으로 대응하여야 하는 현실적 필요가 발생하는 경우에, 엄격한 법개념을 통하여 다양한 가치를 반영하는 법제도로 구성하고, 헌법 및 행정법의 기본원리 등의 지도 원리로부터 지도를 받는 제도를 구성하는 것은 다른 학문 분과와 비교할 때 행정법학에 가장 적합한 임무임과 동시에 행정법학이 가장 잘 할 수 있는 역할이기도 하다. 행정법학의 임무는 법제도를 체계적으로 설명하는 것에 그치지 아니하고, 안전, 건축, 도시개발, 금융, 정보화, 환경 등 다양한 영역의 현상을 엄밀한 법개념으로 구성하여 체계적인 법제도를 만드는 것을 포함한다고 할 것이다.<sup>868)</sup>

---

<sup>867)</sup> Dirk Paust, Die institutionelle Methode im Verwaltungsrecht, 1997, S.8-12, 28-35 참조. 포르스트호프의 제도적 방법론에 대하여는 이상덕, “Ernst Forsthoff의 행정법학 체계와 방법론 개관”, 행정법연구, 제10호(2003.10), 275-303면 참조.

<sup>868)</sup> 금융과 경제에 대한 제도적 대응에 관하여는 강현호, “금융 및 경제위기의 공법적 대응방안 - 조장적 사회국가를 지향하면서”, 성균관법학, 제25권 제3호(2013.9), 81-107면; 백윤기, “금융행정에 있어서 법치주의 구현방안: 금융행정법의 정립과 발전방향의 모색”, 저스티스, 제33권 제4호(2000), 5-42면 등 참조. 제4차 산업혁명에 대응하는 정보보호 거버넌스 구축의 필요성에 대하여는 김병기, “정보보호 거버넌스 현황과 지능정보사회의 정보보호 거버넌스 개편 試論”, 행정법연구, 제51호(2017.12), 73-108면 참조. 제4차 산업혁명에 따른 기술혁신과 그로 인해 나타난 신흥기술에 대한 규제문제에 대한 연구로는 윤혜선, “신흥기술(emerging technologies)의 규제에 대한 몇 가지 고찰”, 경제규제와 법, 제19호(2017), 7-29면 참조. 건축 및 개발행정법 영역에서의 법제도 형성에 대하여는 김종보, “공용환권의 개념과 법적 효과”, 행정법연구, 제31호(2011.12), 23-50면; 同人, “이주대책의 개념과 특별공급의 적용법조”, 행정법연구, 제28호(2010.12), 163-182면; 同人, “재개발사업에서 학교용지의 개념과 법적 성질”, 행정법연구, 제47호(2016.12), 191-211면 등 참조. 행정법 영역에 있어 정부의 제도적 인프라 형성책임에 대하여는 선정원, “개방적 경쟁사회를 위한 제도적 인프라에 대한 정부의 형성책임 - 건강기능식품산업”, 행정법연구, 제39호(2014.7), 1-26면 참조.

특히 행정법학이 현실의 문제 해결에 기여하기 위해서는 새롭게 형성되고 발전하는 분야에 대하여 행정법적으로 대응하는 것이 중요한데, ‘법학적 방법’의 법개념화를 통한 ‘법제도화’는 그러한 대응의 첫 번째 수단이 될 수 있을 것이다. 또한 종래에 법학의 영역으로 포함되지 않았던 기술적 영역에 대하여서도 법개념을 통한 법제도화의 방법으로 행정법학의 영역으로 포함시킬 수 있게 될 것이다. 현재 우리나라에서도 종래에는 행정법학의 영역으로 인식되지 않은 채 해당 분야의 전문적·기술적·제도적 영역으로 인식되었던 분야와 그 분야의 공공제도들이 새롭게 ‘행정법 제도화’되면서 행정법학의 영역으로 포함되는 사례가 점차 증가하고 있다.<sup>869)</sup> 예를 들어, 정보통신 분야, 과학기술 분야, 환경 분야, 건설 분야, 도시계획 등 개발행정 분야 등 다양한 영역에 걸쳐 ‘법학적 방법’과 행정법학 도그마틱을 통하여 행정법의 제도로 편입되는 법제도화가 진행되고 있다. 앞으로도, 금융 분야 또는 인공지능 등 빠르게 변화하는 과학·기술 분야의 공공제도에 대하여도 행정법적 연구를 통한 법제도화가 지속적으로 필요하게 될 것이다.<sup>870)</sup>

금융감독제도에 대한 연구로는 최승필, “경제행정의 수단으로서의 금융감독에 대한 법적 검토”, 외법논집, 제24호(2006.11), 223-254면 등 참조.

<sup>869)</sup> 도시개발 관련법에서의 ‘인가’ 행위에 행정행위의 유형론이라는 법도그마틱을 적용함으로써, 주택재개발조합설립행위에 대한 인가행위를 강학상 ‘특허’로 구성하고 이를 통하여 행정소송의 영역으로 포함시키게 된 것은 행정법 제도의 성립과 확장에 대한 중요한 사례가 될 수 있을 것이다. 이에 대하여는 김종보, “강학상 인가와 정비조합 설립인가 - 대법원 2002.3.11.자 2002그12 결정을 계기로”, 행정법연구, 제10호(2003.10), 325-344면; 김중권, “도시 및 주거환경정비법상의 각종 인가의 법적 성격에 관한 소고”, 행정법기본연구 IV, 2013, 법문사, 433-452면 등 참조. 이와 관련된 소송유형에 대하여는 박현정, “재건축·재개발정비사업조합의 설립동의 또는 총회결의에 관한 소송유형의 검토: 2009.9.17. 및 2009.9.24.의 대법원 판결·결정을 중심으로”, 행정법연구, 제26호(2011), 143-167면 참조.

<sup>870)</sup> 군사, 사회복지, 도로교통 등의 분야에 행정법학의 확장이 필요하다는 견해로 김남철, “행정법 판례형성에 있어서의 행정법학의 기여”, 공법연구, 제44권 제4호(2016.6), 41-67면; 커뮤니케이션 기술의 발전에 따른 디지털 플랫폼에 대한 규제의 행정법적 제도화에 대한 연구로 이희정, “커뮤니케이션 기술의 발전과 디지털 플랫폼 규제”, 행정법연구, 제49호(2017), 53-74면 참조.

국가의 공공제도는 ‘법학적 방법’에 의한 법제도를 기초로 하면서, 그 내용에 있어서는 사회현실과 사회의 문제를 반영하고 그에 대한 해결책을 포함하고 있어야 한다. 그래서 공공제도에 대한 연구는 법학을 중심으로 하면서도 다양한 인접학문의 내용을 법제도의 내용으로 수용할 수 있도록 하는 학제 연구를 필요로 한다고 할 수 있다.

정교한 법개념을 통하여 변화하는 행정 환경을 법적 개념으로 구성하고, 이를 법제도의 내용으로 편입시키는 방법으로 행정법학은 현실의 문제를 해결할 수 있을 것이다. 법개념을 통하여 새로운 현상은 행정법 체계로 수용된다. 이미 형성되어 있는 사회 현상에 대하여도 법개념과 법도그마틱의 적용을 통해 보다 더 엄밀한 법제도와 법체계를 구축할 수 있다. 그리고 행정법의 기본원리<sup>871)</sup>로 포섭된 행정의 가치들은 이러한 법제도와 법체계의 형성에 지도 원리로 작동하게 된다. 이러한 과정을 통하여 새로운 행정현상들을 행정법학의 체계로 수용하고, 개별 행정법제도들을 발전시켜 나감으로써, 행정법학은 궁극에는 “국가의 공공 제도 전체를 포괄하는 학문”<sup>872)</sup>으로 나아갈 수 있게 될 것이다.

## II. 초학문 · 다학문 연구

행정법학에서 초학문 · 다학문 연구방법이 적극적으로 활용될 수 있는 영역으로 규제행정법 연구와 법정책학 연구를 들 수 있다. 행정법 현상을 종합적인 사회과학적 통찰의 대상개념이 되어 온 ‘규제’ 관념으로 파악하는 것을 주장하는 견해가 제시되고 있다.<sup>873)</sup> 규제 연구는 법학적 방법론과 다른 학문의 방법론이 결합되는 다학문 · 초학문 연구방법의 영역이라고 할 수 있다. 규제를 대상으로 하는 연구를 통하여 행정법학은 국가의 현실에 적합하고

871) 김유환, “한국 행정법학의 태동과 발전 - 목촌의 행정법총론과 한국 행정법학”, 공법연구, 제44권 제1호(2015.10), 334면 참조.

872) 김중보, “행정법학의 개념과 그 외연 - 제도 중심의 공법학방법론을 위한 시론”, 행정법연구, 제21호(2008.8), 18면 참조.

873) 김유환, 『행정법과 규제정책』, 2017, 삼원사, 8-9면.

문제해결 능력을 가지는 학문으로 발전해 나갈 수 있을 것이다.

다음으로, 법정책학은 법학과 다른 학문이 결합하는 다학문 연구방법의 대표적인 예가 될 수 있다. 법정책학은 다음의 두 가지 관점, 즉 법의 해석에 있어 정책적 고려를 중시하는 ‘법적 정책학’과 법학이 아닌 정책과학적 성격을 가지는 ‘정책학’으로 구분될 수 있다.<sup>874)</sup> 전자의 경우에는 법학방법론의 관계가 중요한 문제가 되고, 후자의 경우에는 법학과 다른 학문과의 관계가 문제된다. 법정책학의 관심대상은 개별 분야의 정책에 한정되는 것이 아니라 “법과 정책의 관계, 전체로서의 법의 정책적 효과, 사회적 법형성의 이론적 구명”<sup>875)</sup> 등 다양한 분야에 걸쳐있다. 법정책학은 개념법학적 접근방법의 한계를 인식하고 사회적 타당성을 갖는 처방을 할 수 있도록 정책학의 도움을 받는다는 것이지 종래의 ‘법학적 방법’이나 규범학으로서의 법학의 가치를 부정하는 것은 아니므로<sup>876)</sup>, ‘법학적 방법’과 법정책학의 두 방법론을 조화시키는 초학문·다학문 연구방법은 충분히 가능하다고 할 것이다.<sup>877)</sup> 법정책학을 통하여 행정법학은 정책학 등 다른 학문과 결합함으로써, 현실 사회의 문제 해결에 보다 더 기여할 수 있게 될 것이다.<sup>878)</sup>

---

874) 홍준형, 『법정책의 이론과 실제』, 2008, 법문사, 8-11면.

875) 홍준형, 전게서, 23면.

876) 홍준형, 전게서, 16면 참조.

877) 최송화, “법과 정책에 관한 연구”, 서울대학교 法學, 제26권 제4호(1985), 89면 이하 참조. 여기에서는 법정책학의 수립의 필요성을 설명하고, 방법론적으로 법경제학적 방법론, 법사회학적 방법론, 그 밖의 정책과학적 방법론의 적용이 필요함을 강조한다.

878) 홍준형, 전게서, 11면 참조.

## 제6장 요약 및 결어

### 제1절 요약

#### I. ‘법학적 방법’

학문의 정체성은 연구대상과 연구방법의 독자성에 달려있다. 학문의 독자성을 판단하기 위한 가장 중요한 기준은 ‘방법’이고, 학문의 정체성의 문제는 방법론의 문제로 귀결된다. 독자적 학문인 법학은 법학에 특유한 방법을 필요로 하고, 법학의 학문성은 일차적으로 방법론에 있으며, ‘법학적 방법’은 독자적 학문인 법학에 특유한 방법론으로, 법학의 문제를 해결하기 위한 도구가 된다. 법학은 소재의 학문이 아니라 ‘방법론’의 학문이라는 점에서, ‘법학적 방법’의 중요성이 인정될 수 있다.

오늘날의 행정법학은 이른바 ‘법학적 방법’을 기본적인 방법론으로 한다. 이러한 방법론은 사비니에서 시작되어 푸흐타와 게르버, 예링을 거쳐 민사법학의 방법론으로 형성되었고, 게르버를 통하여 공법학으로 전수되었다. ‘법학적 방법’은 ‘법적 구성’을 핵심으로 하는데, 법적 구성이란 법규를 제도와 기본적 개념으로 구성하는 것과 제도의 법적 본성을 분석하는 것, 그리고 개념을 논리적으로 정리하여 법적 인식의 예술적인 체계로 만드는 것을 말하고, 이를 위해 법을 정치·경제적 관계와 분리할 것을 요구한다.

#### II. 오토 마이어 행정법학의 대상과 체계

오토 마이어 행정법학의 대상은 국가이다. 오토 마이어는 국가를 법학적으로 이해하여 ‘영조물’로 보았는데, 그러한 국가는 공동체를 구성하는 개개인의 개인적인 이익과 목적을 초월하는 존재가 되어, 그 자체의 목적과 이익인 ‘국가 목적’을 가진다. 국가의 의사는 구성원들에 대한 법적 지배권인 국가



공권력으로 나타난다. 공권력의 최고 정점에는 주권이 있는데, 주권을 가지는 공동체인 국가에서, 헌법은 최고 권위인 주권이 형성되고 통제되는 규칙을 의미한다. 오토 마이어는 헌법에 의하여 통치구조가 규율되는 단계의 국가와 입법·사법·행정의 국가작용이 권력분립의 원칙에 따라 나누어져 있는 헌법을 가진 국가를 넘어, 헌법이 입법과정에서의 참여를 통해 국가권력에 대한 일부의 몫을 국민의 대표에게 주는 경우에만 ‘헌법국가’로 보았고, 이러한 헌법국가를 행정법의 전제조건으로 보았다. 헌법국가의 전제인 권력분립은 입법과 행정의 분립을 주된 내용으로 하는데, 오토 마이어는 두 권력 사이의 관할권의 결정과 서로 다른 법률적 특성과 효력이라는 두 가지 기준을 통하여 법치국가의 핵심인 집행권에 대한 ‘법률의 우위’와 ‘법률유보’를 도출하였다.

행정법의 대상이 되는 행정은 역사적 설명과 법치국가의 요청을 통하여, “국가의 법질서 아래에서, 국가의 목적을 실현하기 위한 국가 활동으로, 사법 이외의 것”으로 정의된다. 오토 마이어는 경찰국가에서 국가에 대하여 민사법을 적용할 수 있고, 국가도 민사재판소에 의한 재판을 받을 수 있게 되었다는 것에 더하여, 법치국가는 “국가의 모든 일반적인 고권적 권력은 법률의 형식으로만 행사될 수 있다.”는 새로운 요건을 갖추어야 한다고 하면서, ‘행정을 위한 공법’의 필요성을 강조한다. 그는 국가작용이 법의 방법에 의하여 규율될 것을 법치국가의 요건으로 보아, ‘잘 정돈된 행정법을 가진 국가’를 법치국가로 보았으나, ‘사법부의 모범형’에서 법치국가의 특징을 찾으면서 행정 영역에서 법을 적용하는 것의 대응물로 ‘행정사법’(行政司法)을 발견한 로이트홀트의 영향을 받아, 행정의 ‘사법형식성’을 법치국가의 요건으로 제시한다.

### Ⅲ. 오토 마이어의 행정법학 방법론

오토 마이어는 독자적 학문으로서 독일 행정법학을 정립하는 것에 목적이 있었다. 그는 『독일행정법』 제3판의 서문에서, “이제 독일 행정법은 사람

들이 기뻐할 만한 하나의 ‘학문’(Wissenschaft)이 되었다.”고 선언하고 있다. 오토 마이어는 행정법학을 국법학으로부터 독립시키는 것은 물론이고, 특별히 국가학과 민사법학 사이에서 행정법학의 독자성을 확보하기 위하여 노력하였다. 그의 방법론의 주요사항은 다음과 같다.

#### 1. 행정법 총론 완성

오토 마이어는 행정법 총론을 완성하였다. 이를 통하여 당시 독일의 각 란트 별로 개별적으로 가지고 있었던 행정법체계에 대응하여 공통의 독일 행정법 체계를 구축하고, 행정에 대한 법적 통제를 위한 공통의 기준과 원칙을 명확하게 하였다.

#### 2. 법학적 방법

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 특유한 법학적 기본이념이 지배하는 국법학의 영향을 받았고, 개념, 법제도, 법체계를 통한 법적 구성의 방법론을 그 특징으로 한다. 당시 민사법학의 ‘법학적 방법’은 개념을 중시하는 구성주의적인 것이었는데, 오토 마이어 역시 ‘개념’과 ‘법제도’의 형성을 통하여 행정법학의 체계를 구축하려 하였다. 그런데 오토 마이어의 방법론은 여기에 그치지 아니하고, 법이념인 법치국가 사상이 지도 원리의 역할을 한다는 특징을 갖는다. 법치국가 사상의 역할은 특히 경찰법제도와 재정법제도에 대한 설명에서 두드러지게 나타난다. 한편, 오토 마이어는 독일 행정법학의 프랑크스 행정법과 민사법학에 대한 독자성을 강조하였다.

### Ⅳ. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 대상과 방법

로렌츠 폰 슈타인은 헤겔의 유기적 조직이론에 입각하여 국가와 사회를 유기적 조직·인격으로 이해하면서, 이익 추구의 사회로부터 국민을 잘 살도

록 하고 약자를 보호하는 것을 목적으로 하는 국가의 행동을 ‘행정’으로 보았다. 행정은 종래의 관방학의 전통에 따라 외교, 군대, 재무, 사법, 내무행정의 5대 영역으로 구분되는데, 이 중에서 내무행정을 통하여 최고의 선인 진정한 자유에 도달할 수 있게 되고 그래서 내무행정은 인격적인 자유의 최고의 조건을 위한 국가의 활동이 된다. 이러한 내무행정에 대한 법이 행정법에 해당한다.

행정법에 대한 방법론에 있어, 로렌츠 폰 슈타인은 그 자신이 법학자였지만 그의 방법론은 법학적인 것은 아니었고, ‘국가학적 방법’을 따랐다. 로렌츠 폰 슈타인의 방법론은 행정법적 기초를 가지는 포괄적인 종합과학적 접근방법 또는 행정현상에 대한 종합과학으로서의 행정과학적 접근방법 등의 성격을 갖는 것으로 평가된다. 특히 그의 연구는 관방학적 체계를 따랐지만, 연구방법은 사회과학적이었다는 점에 특징이 있다. 그의 연구는 정치학, 경제학 등 다양한 사회과학적 기반을 가지고 있다. 특히 그는 통계학을 국가 생활에 대한 올바른 이해를 위한 방법이라고 하여, 기존의 연구와는 다른 사회과학적 방법에 따른 연구를 강조하였다. 그는 행정법이 “행정법 체계의 본질적이고 필연적인 기초인 행정학 원리의 지도를 받아야 한다.”고 주장한다.

로렌츠 폰 슈타인은 행정 현상에 대한 법학적 방법에 따른 연구를 반대한 것은 아니었고, 그의 연구는 상당 부분 행정법적 기초를 가지고 있지만, 한편으로 “순수한 법학적 방법만으로는 행정을 특히 사회와의 관계에서 과학적으로 이해하기에 충분하지 않다.”고 하고, 행정 현상의 이해에 있어서는 “여러 학문 분야에 걸친 포괄적이고 종합적인 연구가 필요하므로 순수한 ‘법학적 방법’으로는 충분하지 못하다.”고 생각하였다. 무엇보다도 로렌츠 폰 슈타인은 행정법에 대한 학문을 독자적인 학문으로 인정하지 않고 행정학에 연동된 것에 불과한 것으로 이해하였다.

## V. 오토 마이어와 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의

### 1. 로렌츠 폰 슈타인 행정법학의 방법론적 의의: 종합과학성의 양면성

오토 바호프는 로렌츠 폰 슈타인의 연구방법이 소멸됨으로써 “중요한 지식의 원천들이 사라지게 되어, 행정과학과 행정법학이 빈곤해졌다.”고 평가한다. 그러나 그의 종합적인 연구는 학문 분야가 더욱 세분화된 오늘날에는 더더욱 독립적인 학문 분과로 인정받기 어렵다는 평가를 받고 있다.

## 2. 오토 마이어 행정법학의 방법론적 의의

### (1) 행정에 대한 ‘법학’으로서의 정체성과 독자성: 법이념에 의한 지도를 받는 ‘법체계 - 법제도 - 법개념’의 ‘법학적 방법’

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 다양한 행정 영역에서 일반적인 제도와 개념을 만들어내고 법제도를 체계화하는 것을 목적으로 하는 것으로, 법소재들을 고도의 추상화와 구조화(구성)에 따라 법질서로 정리하는 것을 특징으로 한다. 이러한 방법론을 통하여 다양한 소재들을 ‘뚫고 들어가서’, 그 소재들을 내용적으로 정리하는 것이다. 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 여기에 그치지 아니하고, 법치국가의 법이념이라는 일반적인 법적 지도원리라는 카테고리틀 발전시켰다.

### (2) ‘행정’에 대한 학문으로서의 방법론의 개방성

오토 마이어는 행정에 대한 국가학적 고찰이 그 고유한 가치를 가지고 있음을 인정하면서 로렌츠 폰 슈타인의 연구는 “행정법학의 기초와 주춧돌이 되었다.”고 평가하였고, 국가학적 방법을 학문의 영역에서 축출하려고 하지도 않았으며, 자신의 방법론만이 옳다는 ‘방법론적 독재’를 추구하지도 않았다는 평가를 받고 있다. 이런 면에서, 오토 마이어의 행정법학 방법론에는 개방성이 인정될 수 있다. 오토 마이어는 『독일행정법』에서 독립적인 학문(Wissenschaft)의 예시로 법학, 민사법학, 국법학, 국가학, 경찰학, 재정학, 관방학, 경제학 등을 언급한 바 있고, 특히 경찰법과 재정법에 대한 설명에서,

국가학, 경제학, 재정학 등 다른 학문 분과의 개념을 차용하면서 다른 학문의 개념의 유용성을 긍정하고 해당 영역에서는 다른 학문의 개념이 우선 적용될 수 있다는 점도 인정하였다.

## VI. 우리나라에의 시사점

오토 바호프는 행정이 매우 다양한 과학의 대상이라고 하면서, 단면적인 법학적 연구방법은 이제는 과거의 것이고, 이러한 설명은 법학자들 사이에서도 더 이상 반대를 찾기 어렵다고 하여, 사회과학 등 다른 학문의 지식을 활용할 것을 제안한다. 우리나라에서도 행정학 등 사회과학과의 대화를 통하여 인접 학문의 지식을 활용하여야 한다는 견해가 주장되어 왔고, 더 나아가 방법론의 확대·전환에 대한 견해도 제시되고 있다. 독일에서는 신행정법학이라는 새로운 경향이 나타나고 있고, 방법론 측면에서 학제(Interdisziplinarität) 연구를 비롯하여, 초학문(Transdisziplinarität) 연구, 다학문(Multidisziplinarität) 연구 등의 방법론이 제시되고 있다. 이러한 방법론적 제안을 포함하는 신행정법학은 행정법학의 관점을 ‘확대’하고자 하는 것인데, 관점의 확대라는 개념은 기존 관점의 ‘존속’을 전제로 하는 것이라는 점에서, 신행정법학 역시도 전통적인 ‘법학적 방법’의 완전한 배제나 방법론의 완전한 전환을 주장하고 있는 것은 아닌 것으로 보인다. 조종학으로서의 행정법학은 규범과학과 사실과학의 연계라는 점에서 바람직한 면도 있지만, 행정법학이 법학으로서의 독자성을 상실하게 될 우려도 있다.

오토 마이어의 행정법학 방법론은 행정법학의 독자성과 정체성을 중시하지만, 동시에 다른 학문 영역에 대한 개방성도 함께 가지고 있으므로, 행정법학의 정체성과 독자성을 지키는 범위 내에서 방법론적 개방성을 모색할 수 있는 방법론에 대한 탐구가 필요하다. 이러한 연구의 방법으로는 ‘가치’ 중심의 연구와 ‘제도’ 중심의 연구가 가능할 것이고 또한 현실 문제의 해결을 위해 중요하다고 할 것이다. 행정의 가치는 헌법을 정점으로 하는 법체계에 반영되어 있어, 행정법의 연구는 가치의 연구가 되는데, 행정이 추구하는

다양한 가치는 비록 개념적인 차이는 있지만, 다른 학문 특히 사회과학적 방법론을 사용하고 있는 학문 분과에서 추구하는 가치와 공통되는 것이므로, 행정의 가치에 대한 연구는 행정에 대한 법학적 방법에 따른 연구와 사회과학적 방법에 따른 연구의 접점이 된다. 이러한 가치의 예로, 공익, 효율성, 민주성, 형평성 등이 있다. 이러한 가치들은 이미 실정법에도 반영되었는데, 행정법학은 이러한 가치들이 자의적으로 사용되지 않도록 엄격한 법적 개념으로 구성(법개념화)함으로써 그러한 가치를 반영하는 법제도로 구성하여야 하는 임무와 엄격한 개념으로 해석하여야 하는 임무를 동시에 가지고 있다. 우리 행정법학에서는 불확정개념, 재량행위, 비례원칙 등과 관련하여 의미를 가질 수 있을 것이다.

다음으로, 제도 중심의 연구는, 제도를 통하여 현상을 설명하고자 하는 사회과학적인 ‘제도주의’와는 다른 것으로, 본래 ‘법학적 방법’의 영역 내에 있는 연구방법이라고 할 수 있다. 사회적으로 새로운 문제가 제기되거나, 새로운 현상이 나타나거나, 법적으로 대응하여야 하는 현실적 필요가 발생하는 경우에 엄격한 법개념을 통하여, 다양한 가치를 반영하는 법제도로 구성하고, 헌법을 통한 지도 원리의 지도를 받는 제도를 구성하는 것은 다른 학문 분과와 비교할 때 행정법학에 가장 적합한 임무임과 동시에 행정법학이 가장 잘 할 수 있는 역할이기도 하다. 행정법학의 임무는 법제도를 체계적으로 설명하는 것에 그치지 아니하고, 건축, 도시개발, 금융, 정보화, 환경 등 다양한 영역의 현상을 엄밀한 법개념으로 구성하여 체계적인 법제도를 만드는 것을 포함하는 것이라 할 것이다. 더 나아가, 초학문·다학문 연구방법으로 규제행정법에 대한 연구와 법정책학 연구가 행정법학의 확대에 기여할 수 있을 것이다.

## 제2절 결어

행정법학은 ‘국가’와 국가의 ‘행정’을 대상으로 하는 학문이므로, 국가와

행정이 마주치는 시대적 상황이 변화하게 되면 그에 따른 학문의 방법도 변화하게 될 것이고, 국가와 행정, 그리고 국민과의 관계에서 국가와 행정의 임무와 역할이 시대에 따라 변화함에 따라 그에 부합하는 방법론도 끊임없이 변화되고 연구되어야 할 것이다.

“모든 시기마다 새로운 견해가 종래의 견해와 비교되면서 공권력의 국민에 대한, 그리고 법에 대한 지위를 결정해왔다. 공적 임무에 대한 시각은 계속하여 변화하고 있다는 점을 반드시 명심하여야 한다.”<sup>879)</sup>

현재 행정법학이 겪고 있는 위기는 어느 한 가지의 원인에서 비롯되었다고 할 수는 없고, 그에 대한 처방 역시도 어느 한 가지 방법이 되거나 한 쪽의 방향성을 가질 수는 없을 것이다. 행정법학의 정체성의 위기 속에서 이에 대응하기 위한 방법론적 성찰이 필요할 것인데<sup>880)</sup>, 그 성찰의 방향은 행정법학의 내부와 외부 양쪽을 모두 향하여야 할 것이다.

내부적으로는 행정법학의 ‘규범학’으로서의 법학이라는 정체성을 공고히 하여야 한다.<sup>881)</sup> 그리고 외부적으로는 다른 학문과의 연계를 통하여 사회의 문제를 해결할 수 있어야 한다. 그러한 면에서, 우리 행정법학의 근원이라고 할 수 있는 오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 오늘날에도 여전히 의미를 가진다고 할 것이다. 예링의 다음의 지적은 오늘날에도 여전히 경청할 가치가 있다고 할 것이다.

“법학이 진정으로 실천적이고자 한다면 실천적인 문제에만 국한해서는 안 된다.”<sup>882)</sup>

---

<sup>879)</sup> Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S.42.

<sup>880)</sup> 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 2008, 박영사, 61면 참조.

<sup>881)</sup> 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 2호 (2015.12), 176면 참조.

<sup>882)</sup> Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts, II 2, 2. Aufl., 1869, S.369.

오토 마이어의 ‘법학적 방법’은 다음의 방향으로 우리 행정법학에 기여할 수 있을 것이다. 첫째로, ‘법학적 방법’을 통하여 기존의 권리구제 중심의 행정법학을 더욱 정교하게 발전시키는 것이다. 이를 통하여, 행정법학은 과거의 국가 권력의 자의에 의한 침해뿐만 아니라 오늘날의 공익·효율·안전 등의 행정 목적 또는 국가 목적의 달성을 명분으로 하는 국가의 행위로 인하여 발생할 수 있는 권리 침해로부터 국민의 자유와 권리, 재산을 보호하기 위한 국가 권력에 대한 ‘브레이크’의 역할을 여전히 충실히 수행할 수 있게 될 것이다.

둘째로, ‘법학적 방법’을 통하여 견고하고 예리한 법적 개념으로 구성된 법제도의 체계를 구축하는 것이다. 행정법학은 법문제화, 법개념화, 법제도화, 법체계화라는 단계를 통하여 사회의 모든 법적 문제들을 행정법학의 체계 속으로 수용할 수 있고, 체계를 지도하는 지도 원리의 적용을 받도록 할 수 있다. 국가의 제도는 그 자체로 국가의 법질서를 구성하는 것이므로, 국가의 법제도를 만드는 것은 행정법학의 역할에 해당한다. 현재의 제도를 법적으로 재구성하는 것, 새로이 발생하는 현상을 법제도화하는 것 모두 행정법학의 역할이라 할 것이고, 이러한 역할의 수행을 위해서는 ‘법학적 방법’이 필수적인 방법론이 될 것이다.

법학은 현실과 규범을 모두 다루는 학문이고, 법은 재판의 단계에서만 적용되는 것이 아니라 입법 단계, 행정 단계에 모두 적용되는 것이므로, 국가와 국민 사이의 관계를 정하는 법을 내용으로 하는 것이라면 그러한 법을 다루는 모든 국가권력에 대하여 ‘법학적 방법’을 중심으로 하는 행정법학의 방법론이 적용될 수 있다. 입법, 사법, 행정 어느 경우에도 ‘법개념’은 정확하고 예리하여야 한다. 개별적으로 살펴보면, 입법의 경우에는 ‘법개념 - 법제도 - 법체계’의 ‘법학적 방법’이, 행정의 경우에는 행정의 ‘사법형식성’이, 사법의 경우에는 법률해석에 있어서 법개념과 법체계가 보다 중시될 것이다.

그러나 한편으로, 오토 바호프가 적절하게 지적한 것처럼, 행정법학에서

---

칼 엥기쉬(안법영·윤재왕 역), 『법학방법론』, 2011, 세창출판사, 5면에서 재인용.



로렌츠 폰 슈타인의 연구 방법이 소멸됨으로써 중요한 지식의 원천들이 사라지게 되어, 행정과학과 행정법학이 내용적으로 빈곤하게 되었음은 부정할 수 없는 사실이라고 할 것이다. 법학적 방법이 중요하다고 하여도 법학적 방법의 방법론적 독점을 고집하는 단면적인 연구 방법은 더 이상 지지를 받지 못할 것이다. 우리 사회의 다양한 문제들을 해결하기 위해서는 사회 현상에 대한 과학적인 지식, 즉 사회과학 등 다른 학문의 지식을 활용하여야 함은 당연하다고 할 것이다. 더 나아가 여러 학문이 함께 해결하여야 하는 문제에 대하여는 다양한 방법론이 함께 사용될 필요가 있을 것이다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 오토 마이어의 행정법학은 방법론적 개방성을 가지고 있으므로, 행정법학의 방법론적 개방성은 다른 학문과의 연계를 통하여 법현실을 보다 과학적이고 합리적으로 파악할 수 있도록 할 수 있을 것이다. 법현실의 파악에 있어 입법자, 행정가, 법관의 개인적·주관적·자의적 판단에 기초하는 것보다는, 그 현실을 과학적으로 정확하게 분석하고 설명하는 것을 목적으로 하는 학문의 도움을 받는 것이 필요할 것이다. 그러한 면에서 사회과학적 방법론에 입각한 여러 사회과학 학문들과의 연계가 중요하다. 여기에서 로렌츠 폰 슈타인의 ‘국가학적 방법’과 오토 마이어의 ‘법학적 방법’의 접점을 발견할 수 있다.

다양한 학문과의 연계, 특히 사회과학과의 연계를 위한 구체적 방법론으로, 신행정법학의 방법론적 제안인 학제 연구, 다학문·초학문 연구 등 다양한 방법의 적용이 가능할 것이다. 우선, 학제 연구방법의 대상으로 행정법학과 다른 인접 학문 사이의 공통의 가치에 대한 연구와 국가의 공공제도에 대한 연구가 가능할 것이다. 그리고 다학문·초학문 연구방법으로, 현재에도 진행되고 있는 규제행정법에 대한 연구와 법정책학에 대한 연구로 행정법학의 영역을 보다 적극적으로 확대해 나가야 한다. 더 나아가 행정을 대상으로 하는 행정에 대한 경제학적 연구, 사회학적 연구에까지 행정법학의 영역은 확대될 수 있을 것이다.

이러한 연구방법은 모두 각 학문 분과의 독립성을 전제로 하고 있으므로, 공통의 문제 해결을 위해 여러 학문들과 협력하고, 다른 학문의 방법론을 통

하여 얻어진 객관적·과학적 지식을 행정법학의 내용으로 받아들이고 활용하여야 할 것이다. 이러한 연구에 있어서, 어떤 하나의 학문이나 방법론만이 진리일 수는 없고, 복잡 다양한 문제들을 어느 하나의 방법론만으로는 해결할 수 없을 것이므로, 존재하는 여러 문제들을 해결하기 위해서는 관련되는 학문과 방법론들 사이에서의 ‘분업’과 ‘협업’이 중요하다고 생각된다.

그동안 우리 행정법학계에서 제시된 다양한 방법론적 대응방안은 그 방향성에 있어서 행정법학의 위기 극복을 위한 적절한 방향으로 생각된다. 앞으로의 연구를 통하여 그러한 방향성을 가진 연구들의 구체적 방법론을 계속하여 모색하고 확립하여 나가는 것이 행정법학의 과제라고 할 것이다. 본 연구는 그동안 수행되어 온 우리 행정법학의 방법론을 정리하고 앞으로의 구체적인 방법론을 모색해보고자 하는 작은 시도이다. 앞으로 행정법학의 구체적인 방법론에 대한 연구가 지속되고, 다른 학문들과의 연계를 통한 다양한 방법론이 보다 구체적으로 논의될 수 있기를 기대한다.

끝으로, 행정법학이 국가와 사회에 발생하는 여러 문제들을 해결하여야 한다면, 그리고 그 문제가 국가적으로 또는 국민의 생활에 중요한 문제일수록, 수많은 학문들 중에서 다른 학문이 아닌 행정법학이 왜 국가와 국민의 문제에 대한 해결을 제시하여야 하는가라는 질문을 받게 될 것이고, 행정법학은 여기에 답을 하여야 할 것이다. 행정법학은 국가와 국민의 관계를 다루고, 국가의 목적 달성에 기여하고, 효율적인 제도를 만드는 데에 기여하고 결과적으로 공익의 실현에 기여하지만, 그러면서도 국민 개개인을 보호하는 역할을 할 수 있는 학문이기 때문이라는 행정법학의 정체성에 그 답이 있는 것으로 생각된다. 법치국가, 합헌적 법률의 지배, 침익적 행정에 대한 법률유보<sup>883)</sup>는 그런 의미에서 다양한 방법론적 논의에도 불구하고 행정법학이 유지하여야 하는 정체성의 핵심이라 할 것이다.

---

883) 법률유보에 근거한 법형성의 한계설정 문제가 ‘법학적 방법’의 핵심이라는 견해로는 박정훈, “행정법과 법해석 - 법률유보 내지 의회유보와 법형성의 한계”, 행정법연구, 제43호(2015.11), 13-46면 참조.

## 참고문헌

### I. 국내문헌

#### 1. 단행본

- 강신태, 사회과학연구의 논리, 박영사, 2002  
계희열, 헌법학(상), 박영사, 2004  
계희열 편역, 헌법의 해석, 고려대학교출판부, 1993  
권기현, 정책학의 논리, 박영사, 2014  
권영성, 헌법학원론, 법문사, 1994  
권오승·서정, 독점규제법, 법문사, 2017  
김광웅, 방법론강의, 박영사, 2006  
김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2013  
김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1993  
김동건, 비용·편익분석, 박영사, 2012  
김동희, 행정법 I, 박영사, 2015  
김동희 編, 행정작용법, 박영사, 2005  
김병섭, 편견과 오류 줄이기 - 조사연구의 논리와 기법, 법문사, 2010  
김운태, 행정학원론, 박영사, 1985  
김유환, 행정법과 규제정책, 삼원사, 2017  
김종보, 건설법의 이해, 피데스, 2013  
김중권, 행정법, 법문사, 2016  
김중권, 행정법기본연구 IV, 법문사, 2013  
김철용/최광률 編, 주석 행정소송법, 박영사, 2004  
김현준, 행정법관계에서의 사인의 권리와 의무, 법문사, 2013  
남기윤, 법학방법론, 고려대학교출판문화원, 2015  
류지태, 행정법의 이해, 법문사, 2007

류지태 · 박중수, 행정법신론, 박영사, 2016

박균성, 행정법론(상), 박영사, 2016

박동서, 한국행정론, 법문사, 1998

박세일, 법경제학, 박영사, 2007

박윤혼, 최신행정법강의(상), 박영사, 1998

박정훈(朴正勳), 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2008

박정훈(朴正勳), 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2008

박훈민, 독일 행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구 - 국가사인설의 이론  
사적 고찰을 중심으로』, 서울대학교 박사학위논문, 2014

서승환, 합의제 독립규제기관의 민주적 정당성에 관한 연구 - 금융규제기관  
을 중심으로, 서울대학교 박사학위논문, 2014

서원우, 전환기의 행정법이론, 박영사, 1997

송시강, 행정법상 특허에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2010

오석홍, 행정학, 박영사, 2013

오세혁, 법철학사, 세창출판사, 2012

오시영 편저, 일본의 행정과 공공정책, 법문사, 2008

유 훈, 행정학원론, 법문사, 1996

이상덕, 영조물의 개념과 이론, 경인문화사, 2010

이상돈, 기초법학, 법문사, 2010

이상돈, 법철학, 법문사, 2008

이성엽, 행정부의 법령해석권 정립에 관한 연구 - 미국 행정부의 독자적 법  
령해석권 논의를 중심으로, 서울대학교 박사학위논문, 2012

이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010

이은상, 독일 재량행위 이론의 이해, 경인문화사, 2014

이준구, 미시경제학, 법문사, 2013

이준구, 재정학, 다산출판사, 2011

임 현, 오토 마이어 행정법학의 현대적 해석, 고려대학교 석사학위논문,  
1998

전광석, 독일사회보장법과 사회정책, 박영사, 2008

정남철, 현대행정의 작용형식, 법문사, 2016

정용덕 외, 현대국가의 행정학, 법문사, 2014

정재각/심익섭/이승철, 독일의 행정과 공공정책, 대영문화사, 2013

정정길, 정책학원론, 대명출판사, 2000

정정길, 행정학의 새로운 이해, 대명출판사, 2007

정정길 외, 정책학원론, 대명출판사, 2006

정하중, 행정법의 이론과 실제, 법문사, 2012

조좌호, 세계문화사, 박영사, 1994

최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 서울대학교 석사학위논문, 2004

최대권, 법사회학, 서울대학교출판부, 2000

최병선, 정부규제론, 법문사, 2004

최송화, 공익론 - 공법적 탐구, 서울대학교출판부, 2004

최종고, 법사상사, 박영사, 1992

한국법철학회(김도균 편), 한국 법질서와 법해석론, 세창출판사, 2013

한국법철학회(이계일 편), 법학방법론, 세창출판사, 2017

현승중/조규창, 게르만법, 박영사, 2001

현승중/조규창, 로마법, 법문사, 1996

홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2017

홍정선, 행정법원리: 독일의 이론과 실제, 박영사, 1990

홍준형, 법정책의 이론과 실제, 법문사, 2008

홍준형, 행정법, 법문사, 2011

홍준형, 행정쟁송법, 오래, 2017

## 2. 번역서

게오르그 빌헬름 프리드리히 헤겔(임석진 역), 법철학, 한길사, 2008

게오르그 엘리네크(김효전 역), 일반국가학, 법문사, 2005

기구치 요시오(이경덕 역), 결코 사라지지 않는 로마 - 신성로마제국, 다른세  
상, 2016

데이빗 오스본/테드 게블러(삼성경제연구소 역), 정부 혁신의 길, 삼성경제연  
구소, 1992

라렌츠/카나리스(허일태 역), 법학방법론, 세종출판사, 2000

레오 스트라우스 · 조셉 크랍시(김남국 외 역), 서양정치철학사 3, 인간사랑,  
2013

롤프 슈토버(최송화/이원우 역), 독일경제행정법, 법문사, 1996

마르틴 크릴레(홍성방 역), 법발견의 이론, 유로서적, 2013

아르투어 카우프만(김영환 역), 법철학, 나남, 2013

아리스토텔레스(손명현 역), 니코마코스 윤리학, 동서문화사, 2007

앤드류 헤이우드(조현수 역), 정치학, 성균관대학교출판부, 2004

엠마누엘 사베스(박종화 역), 민영화의 길, 한마음사, 1987

염야 쾡(서원우/오세탁 역), 일본행정법론, 법문사, 1996

제바스티안 하프너(안인희 역), 비스마르크에서 히틀러까지 - 독일제국의  
몰락, 돌베개, 2016

조지 세이빈 · 토머스 솔슨(성유보 · 차남희 역), 정치사상사 2, 한길사, 2003

존 시어도어 머츠(이은경 역), 19세기 유럽 사상사 - 과학적 사고, 한길사,  
2012

칼 엥기쉬(안법영 · 윤재왕 역), 법학방법론, 세창출판사, 2011

쿠르트 젤만(윤재왕 역), 법철학, 세창출판사, 2010

하겐 술체(반성완 역), 새로 쓴 독일역사, 지와 사랑, 2014

### 3. 논문

강지은, “프랑스 행정법상 공역무 개념의 의의와 기능”, 행정법연구, 제23호  
(2009), 207-231면.

강현호, “금융 및 경제위기의 공법적 대응방안 - 조장적 사회국가를 지향하

- 면서”, 성균관법학, 제25권 제3호(2013.9), 81-107면.
- 계인국, “현대 행정법학 방법론의 전개양상에 대한 소고 - 조종이론과의 접점을 중심으로”, 고려법학, 제87호(2017.12), 1-40면.
- 계희열, “실증주의적 헌법학방법론 소고”, 안암법학, 제1권(1993), 21-54면.
- 국순옥(김도균 역), “헤겔과 슈타인에 있어서 독일 관념론 국가사상”, 민주법학, 제55호(2014.7), 177-206면.
- 금태환, “행정법의 해석과 문언·입법취지 - 미국과 한국의 판례 분석을 중심으로”, 법조, 제56권 제4호(2007), 210-245면.
- 김광수, “글로벌시대의 공익론”, 행정법연구, 제19호(2007), 101-125면.
- 김남진, “행정법의 종말론과 재생론”, 법연, 제46호(2015), 32-35면.
- 김대인, “정부조달계약에 있어서 투명성의 법적 의미”, 행정법연구, 제13호(2005), 195-222면.
- 김도균, “법원리로서의 공익 - 자유공화주의 공익관의 시각에서”, 서울대학교 법학, 제47권 제3호(2006.9), 155-215면.
- 김동희, “한국사회의 변화와 행정법학의 과제”, 서울대학교 법학, 제28권 제1호(1987), 73-80면.
- 김병기, “정보보호 거버넌스 현황과 지능정보사회의 정보보호 거버넌스 개편試論”, 행정법연구, 제51호(2017.12), 73-108면.
- 김성수, “오토 마이어- 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가”, 공법연구, 제45집 제2호(2016.12), 232-255면.
- 김성태, “경찰행정의 작용형식”, 김동희 편, 행정작용법, 박영사, 2005, 975-988면.
- 김용섭, “정현 박운흔 박사의 행정법학 - 관료와 학자의 병행적 삶 속에 꽃피운 실용학문”, 공법연구, 제44집 제2호(2015.12), 247-286면.
- 김유환, “21세기 New Governance에서의 NGO/NPO의 역할과 과제”, 행정법연구, 제15호(2006.5), 169-185면.
- 김유환, “영미에서의 공익개념과 공익의 법문제화 - 행정법의 변화와 대응”, 서울대학교 법학, 제47권 제3호(2006.9), 52-88면.

- 김유환, “우리 민영교도소제도의 행정법적 문제”, 행정법연구, 제40호 (2014.11), 85-106면.
- 김유환, “한국 행정법학의 태동과 발전 - 목촌의 행정법총론과 한국 행정법학”, 공법연구, 제44집 제1호(2015.10), 327-348면.
- 김유환, “행정법 해석의 원리와 해석상의 제문제”, 한국법철학회(김도균 편), 한국법질서와 법해석론, 세창출판사, 2013, 488-509면.
- 김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 행정법연구, 제12호(2004.10), 343-364면.
- 김종보, “강학상 인가와 정비조합 설립인가 - 대법원 2002.3.11.자 2002그 12 결정을 계기로”, 행정법연구, 제10호(2003.10), 325-344면.
- 김종보, “건축법과 민사법의 접점”, 중앙법학, 제4권 2호(2002.9), 63-98면.
- 김종보, “노대의 구조변경과 증축의 개념”, 행정법연구, 제9호(2003.5), 251-268면.
- 김종보, “공용환권의 개념과 법적 효과”, 행정법연구, 제31호(2011.12), 23-50면.
- 김종보, “이주대책의 개념과 특별공급의 적용법조”, 행정법연구, 제28호 (2010.12), 163-182면.
- 김종보, “재개발사업에서 학교용지의 개념과 법적 성질”, 행정법연구, 제47호 (2016.12), 191-211면.
- 김종보, “행정법학의 개념과 그 외연 - 제도 중심의 공법학방법론을 위한 시론”, 행정법연구, 제21호(2008.8), 1-22면.
- 김종보, “행정법학의 새로운 과제와 건축행정법의 체계”, 고시계, 제44권 제 11호(1999.10), 48-62면.
- 김중권, “행정법에서의 학문현상으로서의 학설, 그에 대한 적정성 평가에 관한 소고”, 안암법학, 제33권(2010), 1-64면.
- 김해룡, “경제성원리의 행정법예의 수용”, 공법연구, 제32집 제4호(2004.3), 19-39면.
- 김환학, “법률유보-중요성설은 보장행정에서도 타당한가”, 행정법연구, 제40



- 호(2014.11), 1-28면.
- 김효연, “오토 마이어의 공법상계약 이론에 관한 연구”, 행정법연구, 제35호 (2013.4), 115-145면.
- 문병효, “최근 독일행정법의 변화와 시사점 - 유럽화, 민영화, 규제완화를 중심으로”, 고려법학, 제52호(2009.4), 213-261면.
- 문상덕, “현대의 행정 변화와 행정법학 방법론 연구 - 전통적 행정법학의 방법론 분석과 그 보완을 위한 시론”, 행정법연구, 제14호(2005.10), 115-146면.
- 박세일, “법적 정의와 경제적 효율”, 서울대학교 法學, 제39권 제1호(1998), 220-246면.
- 박응격, “Lorenz von Stein의 학문적 생애와 행정사상”, 한국행정학보, 제29권 제4호(1995), 1401-1412면.
- 박응격, “서독행정학의 역사적 변천과 신관리모델”, 한국행정학보, 제13권 제13호(1979), 138-146면.
- 박재운, “협치시대에서 입법의 역할-행정법학의 관점에서”, 공법연구, 제45집 제2호(2016.12), 181-209면.
- 박정훈(朴正勳), “공·사법 구별의 방법론적 의의와 한계 - 프랑스와 독일에서의 발전과정을 참고하여”, 공법연구, 제37집 제3호(2009.2), 83-110면.
- 박정훈(朴正勳), “독일 공법학과 오토 마이어”, 한국행정판례연구회, 『공법학의 형성과 개척자』, 박영사, 2007, 1-48면.
- 박정훈(朴正勳), “세계 속의 우리나라 행정소송·행정심판·행정절차 - 법치행정 삼륜의 상호관계”, 저스티스, 제92호(2006), 306-337면.
- 박정훈(朴正勳), “오토 마이어(1846-1924)의 삶과 학문”, 행정법연구, 제18호 (2007.8), 199-230면.
- 박정훈(朴正勳), “적극행정 실현의 법적 과제 - 적극행정부로서의 패러다임 전환을 위한 시론-”, 공법연구, 제38집 제1호(2009.10), 329-353면.

- 박정훈(朴正勳), “한국 행정법학 방법론의 형성·전개·발전”, 공법연구, 제44집 제2호(2015.12), 161-191면.
- 박정훈(朴正勳), “행정법과 법해석-법률유보 내지 의회유보와 법형성의 한계”, 행정법연구, 제43호(2015.11), 13-46면.
- 박정훈(朴正勳), “행정법학의 과제와 임무 - 행정법학의 미래: ‘민주’ 및 ‘민주적 합의’의 자각”, 한국공법학회 2016년도 공법학자대회 자료집, 한국공법학회(2016.12), 61-76면.
- 박정훈(朴正勳), “행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로”, 한국공법이론의 새로운 전개(목춘 김도창 박사 팔순기념논문집), 삼지원, 2005, 217-236면.
- 박중수, “4차 산업혁명 시대의 자동차 관련 법제의 합리적 개선방안”, 법제연구, 제53호(2017), 269-310면.
- 박현정, “재건축·재개발정비사업조합의 설립동의 또는 총회결의에 관한 소송유형의 검토: 2009.9.17. 및 2009.9.24.의 대법원 판결·결정을 중심으로”, 행정법연구, 제26호(2011), 143-167면.
- 방동희, “행정법학에 있어서 법해석방법론에 관한 소고 - 이른바 ‘재판전제성’의 해석과 관련하여”, 공법학연구, 제14권 제1호(2013.2), 437-464면.
- 배병호, “예산편성과정과 행정법”, 행정법연구, 제43호(2015), 167-191면.
- 백윤기, “금융행정에 있어서 법치주의 구현방안: 금융행정법의 정립과 발전 방향의 모색”, 저스티스, 제33권 제4호(2000), 5-42면.
- 서보국, “조세법상 법관의 법발견과 법형성”, 법학연구(충남대학교 법학연구소), 제26권 제3호(2015.12), 11-37면.
- 서원우, “법치주의의 현대적 전개와 전환기 행정법학의 과제”, 서울대학교 법學, 제38권 2호(1997), 1-12면.
- 서원우, “행정법학에서 본 행정학”, 한국행정학보, 제10호(1976.12), 94-120면.
- 서원우, “행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제”, 행정법연구, 제7호

(2001.9), 1-10면.

서원우, “한국행정법(학)의 현황과 문제”, 공법연구, 제23권 제3호, 35-49면.

선정원, “개방적 경쟁사회를 위한 제도적 인프라에 대한 정부의 형성책임 - 건강기능식품산업”, 행정법연구, 제39호(2014.7), 1-26면.

송시강, “행정행위 유형론에 대한 재검토”, 홍익법학, 제12권 제1호(2011), 483-534면.

안동인, “비례원칙과 사법판단권의 범위 - 행정재량권의 통제원리로서의 비례원칙을 중심으로”, 행정법연구, 제34호(2012.12), 1-26면.

양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 법철학연구, 제10권 제1호(2007), 233-258면.

우미형, “행정각부의 법해석권과 정부입법”, 행정법연구, 제49호(2017), 75-102면.

윤혜선, “신흥기술(emerging technologies)의 규제에 대한 몇 가지 고찰”, 경제규제와 법, 제19호(2017), 7-29면.

이계수, “경제정의와 행정법 - 자유와 재산 개념의 재구성을 포함하여”, 공법연구, 제42권 제1호(2013), 81-113면.

이계수, “군사안보외교통상 정책에 대한 민주주의적 통제; 국방에 대한 민주주의적 통제”, 민주법학, 제32호(2006), 23-54면.

이기춘, “경찰질서법상 위험개념 및 표현위험과 위험의 의심 - 독일경찰법학의 위험개념 검토를 중심으로”, 공법연구, 제31집 제4호(2003), 363-392면.

이상덕, “Ernst Forsthoff의 행정법학 체계와 방법론 개관”, 행정법연구, 제10호(2003.10), 275-303면.

이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구, 제48호(2017.2), 83-112면.

이원우, “거시경제정책에 대한 법적 통제와 그 한계에 대한 연구”, 행정법연구, 제7호(2001.9), 255-276면.

이원우, “경제규제와 공익”, 서울대학교 法學, 제47권 제3호(2006.9), 89-120면.

- 이원우, “독일의 공법질서와 체계”, 심익섭/ M. 치맥 공편, 독일연방공화국 60년, 2009, 도서출판 오름, 201-230면.
- 이원우, “행정조직의 구성 및 운영절차에 관한 법원리 - 방송통신위원회의 조직성격에 따른 운영 및 집행절차의 쟁점을 중심으로”, 경제규제와 법, 제2권 제2호(2009.11), 96-119면.
- 이원우, “현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점”, 행정법연구, 제29호(2011.4), 105-133면.
- 이은기, “사정판결과 공공복리”, 행정법연구, 제27호(2010.8), 153-196면.
- 이현수, “국가의 법적 개념”, 행정법연구, 제36호(2013.7), 87-113면.
- 이희정, “커뮤니케이션 기술의 발전과 디지털 플랫폼 규제”, 행정법연구, 제49호(2017), 53-74면.
- 장경원, “EU법상 좋은 행정의 의미”, 행정법연구, 제25호(2009.12), 273-305면.
- 정남철, “행정법학의 공익론 - 특히 공익개념의 현안과 과제를 중심으로”, 유럽헌법연구, 제19호(2015.12), 407-442면.
- 정남철, “행정법학의 구조변화와 행정판례의 과제”, 저스티스, 154호(2016.6), 153-188면.
- 정호경, “국가법인설의 기원과 전개 과정 - 독일에서의 발전과정을 중심으로”, 행정법연구, 제42호(2015.7), 1-22면.
- 정호경, “기본법의 관점에서 본 독일 행정소송제도의 기능: 특히 법치국가원리의 관점에서”, 공법연구, 제39집 제2호(2010), 571-595면.
- 조성규, “과징금의 법적 성격 및 부과기준”, 행정판례연구, 제14집(2009), 141-193면.
- 차민식, “기능사화와 국가책임에 관한 소고 - 독일에서의 논의를 중심으로”, 행정법연구, 제29호(2011), 61-104면.
- 최계영, “행정행위가 갖는 특별한 효력의 근거 - 그 역사적 기원과 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법조, 제596호(2006.5), 174-204면.
- 최봉철, “최근 법실증주의의 전개와 자연법론과의 관계”, 법철학연구, 제13권

- 제3호(2010.12), 217-250면.
- 최송화, “법과 정책에 관한 연구”, 서울대학교 法學, 제26권 4호(1985), 81-95면.
- 최송화, “한국 행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제”, 서울대학교 法學, 제36권 2호(1995), 134-158면.
- 최승원, “행정법과 공익”, 행정법연구, 제15호(2006.5), 95-111면.
- 최승필, “경제행정의 수단으로서의 금융감독에 대한 법적 검토”, 외법논집, 제24호(2006.11), 223-254면.
- 최승필, “통계의 공법적 의미와 과제”, 공법학연구, 제8권 제2호(2007.5), 395-418면.
- 홍강훈, “원칙(Prinzip)과 규율(Regel)의 엄격한 구분에 근거한 기속행위와 재량행위의 새로운 구별기준”, 공법학연구, 제17권 제3호(2016), 81-108면.
- 홍준형, “법정책학의 의의와 과제”, 행정법연구, 제6호(2000.11), 119-139면.
- 홍준형, “서원우 교수와 한국의 행정법학”, 서울대학교 法學, 제47권 4호(2006.12), 372-385면.

## II. 국외문헌

### 1. 독일

#### (1) 단행본

- Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle(Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002.
- Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl., 2009.
- Brüning/Schliesky(Hrsg.), Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der

- Wirklichkeit, 2015.
- Bumke, Christian: Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004.
- Bumke, Christian: Rechtsdogmatik, 2017.
- Bydlinsky, Franz: Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl., 2012.
- Dewitz, Ralf: Der Vertrag in Der Lehre Otto Mayers, 2004.
- Ehlers/Pünder(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016.
- Fleiner, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928.
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., 1958.
- Friedrich, Manfred: Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997.
- Funke/Lüdemann(Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009.
- Grimm, Dieter: Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012.
- Haack, Stefan: Theorie des Öffentlichen Rechts, 2017.
- Heyen, Volkmar: Otto Mayer - Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981.
- Hilbert, Patrick: Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015.
- Hueber, Alfons: Otto Mayer - Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1982.
- Ishikawa, Toshiyuki: Friedrich Franz von Mayer, 1992.
- Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre und Politik, 1896 (Neudruck: Hg. Ziemann/Funke, 2016).
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931.
- Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre, 1. Aufl., 1934.
- Knemeyer, Franz-Ludwig: Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007.

- Koch, Hans-Joachim: Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, 2. Aufl., 2015.
- Koslowski, Stefan(Hrsg.): Lorenz von Stein und der Sozialstaat, 2014.
- Kuhlmann/Wollmann, Verwaltung und Verwaltungsreform in Europa, 2013.
- Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995.
- Lahusen, Benjamin: Rechtspositivismus und juristische Methode, 2011.
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011.
- Mayer Franz: Die Verwaltungslehre des Lorenz von Stein - Verwaltungslehre heute, in: Roman Schnur(Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1978.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1895.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1924.
- Mayer, Otto: Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886.
- Mayer, Otto: Erk Volkmar Heyen (Hg.), Kleine Schriften zum öffentlichen Recht. 1 Bde., 1981.
- Meyer, Georg: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., 1913.
- Meyer-Hesemann, Wolfgang: Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981.
- Möllers, Christoph: Methoden, in: Hoffmann Riem/Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012.
- Müller, Roger: Verwaltungsrecht als Wissenschaft, 2006.
- Park, Jeong Hoon: Rechtsfindung im Verwaltungsrecht: Grundlegung einer Prinzipientheorie des Verwaltungsrechts als Methode der Verwaltungsrechtsdogmatik, 1999.
- Paust, Dirk: Die institutionelle Methode im Verwaltungsrecht, 1997.
- Püttner, Günter: Verwaltungslehre, 4. Aufl., 2007.
- Schliesky/Schlürmann, Lorenz von Stein, 2015.

- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013.
- Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004.
- Schmidt - De Caluwe, Reimund: Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999.
- Schnur, Roman(Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1978.
- Schuppert, Gunnar Folke: Verwaltungswissenschaft, 2000.
- Schröder, Jan: Recht als Wissenschaft, 2. Aufl., 2012.
- Schröder, Rainer: Verwaltungsrechtsdogmatik in Wandel, 2007.
- Seibel, Wolfgang: Verwaltung verstehen, 2. Aufl., 2017.
- Stolleis, Michael: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band II, 1992.
- von Sarwey, Otto: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1887.
- von Stein, Lorenz: Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870 (Neudruck: Hg. Schliesky, Utz, 2010).
- Voßkuhle, Andreas: Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, vol. 1, 2. Aufl., 2012.
- Wilhelm, Walter: Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2003.
- Winkler, Günther: Theorie und Methode in der Rechtswissenschaft, 1989.
- Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2007.
- Wyduckel, Dieter: Ius Publicum, 1984.

(2) 논문



Appel, Ivo: Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichen Anspruch, VVDStRL, Bd.67(2008), S.226-277.

Bachof, Otto: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwarts Aufgaben der Verwaltung, VVDStRL, H.30(1972), S.193-238.

Kelsen, Hans: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts Vol. 31, 1913, S. 53-98, S. 190-249.

Röhl, Hans Christian: Öffnung der Method durch Internationalität und Interdisziplinarität, VVDStRL, Bd.74(2015), S. 7-32.

## 2. 미국

### (1) 단행본

Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz, Administrative Law and Regulatory Policy, 7th, 2011.

Osborne/Gaebler, Reinventing Government, 1992.

Lasswell, Harold D., The Future of Political Science, 2005.

Pierce Jr., Richard J., Administrative Law Treatise, 5th, 2010.

Pittau, Joseph, Political Thought in Early Meiji Japan 1868-1889, Harvard University Press, 1967.

Rosenbloom/Kravchuk/Clerkin, Public Administration, 8th, 2015.

Shafritz, Jay M., International Encyclopedia of Public Policy and Administration, 1998.

Shafritz/Hyde, Classics of Public Administration, 6th, 2007.

### (2) 논문

- Bogumil, Jörg, On the Relationship Between Political Science And Administrative Science In Germany, Public Administration Vol.83, No.3, 2005, pp.669-684.
- Diver, Colin S., Policymaking Paradigms in Administrative Law, Harvard Law Review, Vol.95, No.2(Dec., 1981), pp.393-434.
- Mengelberg, Kaethe, Lorenz von Stein and his Contribution to Historical Sociology, Journal of the History of Ideas, Vol.22, No.2(Apr.-Jun., 1961), pp.267-274.
- Musgrave, Richard A., Public Finance and Finanzwissenschaft Traditions Compared, Public Finance Analysis, New Series, Bd.53, H.2(1996/97), pp.145-193.
- Rosser, Christian, Woodrow Wilson's Administrative Thought and German Political Theory, Public Administration Review, Vol.70, No.4. 2010, pp.547-556.
- Seibel, Wolfgang, Administrative Science as Reform: German Public Administration, Public Administration Review, Vol.56, No.1. 1996, pp.74-81.

### 3. 일본

正木宏長, 行政法と官僚制, 成文堂, 2013.

## **Zusammenfassung**

# **Eine Studie über die Otto Mayersche Lehre von der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methode**

## **- Vergleich mit der Lorenz von Steinsche Lehre von der staatswissenschaftlichen Methode -**

Rhee, Jean Soo

Seoul Nationale Universität

Immer wieder befindet die Verwaltungsrechtsdogmatik sich in einer Phase großer Herausforderungen. Die Methode der Verwaltungsrechtswissenschaft legt der 'juristischen Methode' von Otto Mayer zugrunde. Trotz vieler Kritiken, wird Otto Mayer als der Begründer der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft im Allgemein anerkannt. Da die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft auf die koreanische Verwaltungsrechtswissenschaft bisher einen großen Einfluss ausgeübt hat, kann man daraus folgern, dass die Mayersche Lehre nicht nur in die koreanische Verwaltungsrechtswissenschaft bloß eingeführt, sondern auch zum großen Teil der Disziplin begründet hat. In dieser Studie handelt es sich um die Methode Otto Mayers.

Die sog. 'juristische Methode' Otto Mayers wurde im Privatrechtswissenschaft auf die Lehre von F. C. von Savigny, G. F. Puchta, C. F. von Gerber, R. von Jhering und P. Laband gegründet. Sie bedeutet die 'juristische Konstruktion' mit Ausschluss von Politik, Philosophie, und Geschichte aus juristischer Beweisführung. Wesentliche Komponente der juristischen Methode bestehen aus drei Teilen: der Rechtsbegriff, das Rechtsinstitut und das Rechtssystem. Otto Mayer hat den Begriff der Rechtsbegriffsbildung, beziehungsweise Rechtsinstitutsgestaltung in einer Vorstellung von Rechtsstaat hergeleitet. Bei Otto Mayer ist die Idee von Rechtsstaat die Herrschaft des Gesetzes und die Justizförmigkeit der Verwaltung dargestellt.

Im Gegenteil lässt sich die sog. 'staatswissenschaftliche Methode' Lorenz von Steins als eine umfassende verwaltungswissenschaftliche Methode aufgrund einer verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkte qualifizieren. Lorenz von Stein selbst war als Juristen, Verwaltungswissenschaftler, Volkswirte, Finanzwissenschaftler, Soziologen und Philosophen geschätzt. Lorenz von Stein hat die Verwaltungslehre als die natürliche und nothwendige Voraussetzung von Verwaltungsrechtssystem erfasst. Er hat betont, dass die Wissenschaft des Verwaltungsrechts keine selbständige Wissenschaft, sondern das Correlat der Verwaltungslehre ist. Daher ist Lorenz von Stein als Begründer der Verwaltungslehre dargestellt.

Gegen die Verwaltungslehre hatte Otto Mayer für die Unabhängigkeit der Verwaltungsrechtswissenschaft eingetreten. Es können sagen, dass die sog. juristische Methode die staatswissenschaftliche Methode verdrängt. Aber Otto Mayer hat

betont, dass die Steinschen Werke der Grund- und Eckstein der Wissenschaft des Verwaltungsrechts geworden sind. Hier lässt sich die Offenheit der Mayerschen Methode gekennzeichnet werden. Wie schon Otto Bachof angemessen betrachtet hat, hat Otto Mayer weder andere Bereiche des Verwaltungsrechts nicht beiseite geschlossen, noch keine methodologische Alleinherrschaft verfolgt.

Basierend auf der Methode Otto Mayers sind verschiedene Studien möglich. Zum Beispiel geht es Intra-, Inter-, Multi- und Transdisziplinarität. Bei alledem, die juristische Methode hat eine Bedeutung. Bei der koreanischen Verwaltungsrechtswissenschaft handelt sich es auch wesentlich um den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes.

**Schlüsselwörter : Otto Mayer, Lorenz von Stein, juristische Methode,  
juristische Methodenlehre, staatswissenschaftliche Methode,  
Verwaltungsrechtswissenschaft**

***Student Number : 2012-30355***